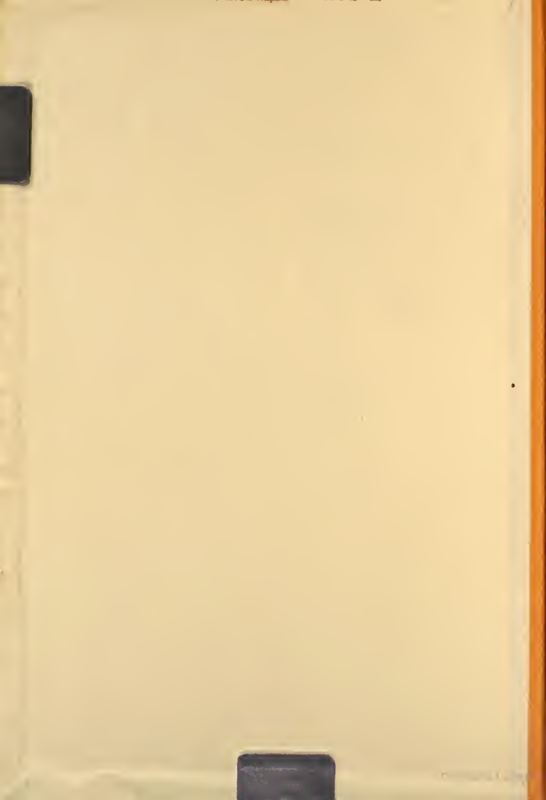




COMMENTARIA

In subtiles ac illustres materias

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

De exhaeredatione liberorum. De vulgari substitutione.

D. PETRI RICCIARDII I.C.

PATRITII PISTORIENSIS,

OLIM IN ALMA PISANA ACADEMIA

Iuris Ciuilis Interpretis celeberrimi.

OMNIBVS NON SOLVM PROFITENTIBVS,
Iurisque studiosis, sed in foro etiam versantibus Iuridico
perutilia & summè necessaria.

CVM SVMMARIIS, ET INDICE
rerum omnium memorabilium locupletissimis.

CVM PRIVILEGIIS.





VENETIIS, MDC.

Apud Societatem Minimam.

TYPOGRAPHI CANDIDO LECTORI.





IVRISPRVDENTIAM humanarum moderatricem rerum, Lector beneuole, vt prisca sęculorum memoria omnis summè venerata est antiquitas, ita præsens hoc admiratur, & obstupescit in dies sęculum, & numinis singulare agnoscit cœlitus beneficium sibi munificentissima præ reliquis, & ijs quidem innumeris passim collatis vltrò donarijs, contributum: cùm huius vnicę medio Iurisprudentiæ, æqui bonoque inter homines sociali concordia copulatos parta administratio in dies augeatur magis, adaucta confirmetur, confirmataque perpetua quadam duratione stabilita, in omnem quasi æternitatem diutina persistat viuacitate. Cuius quidem Iurisprudentiæ (sic loqui liceat) æternitati inexhaustis laboribus, indefesso conatu, studio singulari, & veterum prisca maiorum ætate, & præsenti hoc sæculo pariter nostro potissimum fœlicibus sanè auspicijs plurimum consuluere, vt Papiniani, Scæuolæ, Dorothęi, Trebonianique complures, sic pręter innumeros ingenij laude pręstantes viros Iurium Consultissimos, non multis ab hinc annis dum fęlici hac spiritus aura frueretur PETRVS RICCIARDIVS legum Coriphęus Pistoriensis, genere clarus auito doctrina multiplici illustris, virtutisque tandem Myrmecia ornatissimus hæros talem se in hac colenda, ornanda, adaugenda, confirmandaque Legali sapientia præstitit athletam, vt non tam Iurium omnes quotquot sunt Candidati tyrocinio adhuc inhærentes Legali, sed ipsi etiam facultatis istius antistites, & præclarè de hac meriti iampridem scientia viri, iamque emeriti in huius militiæ palęstra veterani, ipsius scriptis theoricam partim contemplationem concernentibus, partim actiuam praxim concernentibus adiuti, haud postremam illi inter huius ætatis Doctores laudem iure merito voluerint adscriptam. Quis enim adeo ab eo quod passim omnium obuiam est cognitioni remotus inuenitur mortalium, qui non luce ipsa clarius videat huius viri vnius præclaris ingenij monumentis abstrusos iurium recessus cunctis faciles, tritosque singulari quadam methodo commonstratos fuisse, eiusdemque doctissima Clientum votis obsecundando Responsa in publicum propalata, tanquam ex Tripode & intimis Delphici cuiusdam Apollinis penetralib. eruta recenter Oracula, non tam admirationem doctis quàm stuporem præstantissimis passim huius sæculi ingenijs peperisse. Accedit eximium illud summæ vtilitatis commodum in omnes fęlici scriptionis genere tanquam beata quadam, optabilique in bonarum sobolem literarum propagine nixu fęcundissimo abundantissimè tanti opera Doctoris transfusum & incessanter. Hoc namque citrà

inuidiæ metum vel vllum licet indubitatò nobis afferete, ipsum non tam patriæ (cui plurimum profecto deberi vt communi nostræ altrici vltroneè & lubentes agnoscimus) Vrbi Pistoriensi, quàm circumuicinis Hetruriæ Ciuitatibus, imò ipso omni Latio totique demum Europæ quæ Iuris agnoscit Cæsarei Decreta & Principum placita Romanorum vt Sacratissimas Sanctiones veneratur, non ingenuo minus quàm pio semper excelsoque conatu gnauiter consuluisse. Extra affectum omnem loquimur: res ipsa edocet ac testatur, quanta huius opera viri in Legalis Studij, vt paulo ante attigi tyrones alumnos, & laurea etiam decoratos Doctorali quamplures viros, vbertim cum fœnore etiam literario commoda promanarint. Testes sunt vel ipsi de Bonorum possessione, de Obligationibus, & de Vsufructu, eiusdem editi iampridem Tractatus, his accessit nouiter de Testamentis & vltimis hominum voluntatibus, hoc quod in præsentiarum tibi damus plausibili profecto admodum & exambita vndique materia volumen, huius te fructu pro ea qua in te semper animi fuimus synceritate neutiquam voluimus defraudatum, cuius si lectioni otium nactus in negotio tibi inhærendum putaueris, rem pollicitis & prædicatione nostra maiorem ipso haud dubiè facto experieris. Itaque nullo tabidus liuore æquus arbiter & iudex esto, & Ricciardium nostrum, imò verius tuum, ab inuidi obtrectatoris lingua mordaci & noxijs vibicib. pro tua vt velis protectum humanitate, vehementer optamus. Interim nos tuis auidi subseruire studijs, & commoda adaugere pariter tua percupidi, operam dabimus omnem, vt sicut hunc quem vides tibi offerimus nouiter euulgatum Ricciardij tractatum, ita etiam alia pro rerum mediocritate nostrarum indefessè bonarum monumenta literarum quæ in rem futura tuam persenserimus, non minori synceritate quàm voto si vitam largiri dignabitur diuturniorem cunctipotens, vt semper antea, ita in futurum etiam euulgare constanter studebimus. Vale & nos amantes tui redama.

Venetijs ex officina nostra Typographica, Anno puerperij Virginis 1600. ipsis Calendis Iulij.

REPERTORIVM GENERALE

Ad Commentaria D. Petri Ricciardij Iurisconsulti Pistoriensis,

De testamentis, exhæredat. liberorum, & vulgari substit.

Complectens omnia notatu digna, quæ Alphabetico ordine in hoc volumine continentur.

Aditio

Argu-

Deporta-

Eiusdem

Etymo-

F

Intel-

Ius sin-

O

P

Post-

R.

legatum

F I N I S.

Titulorum Nomenclatura.

COMMENTARIA IN TITVLOS

De testamentis, exhæredatione liberorum, & vulgari substitutione,

D. PETRI RICCIARDII

I.C. CLARISSIMI, PATRITII PISTORIENSIS,

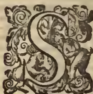
Olim in Alma Pisana Academia Iuris Ciuilis Interpretis celeberrimi.

REPERTORIVM AD RVBR. De testam. ordinandis.

Limi-

Vnus-

93 *Vnusquisque in re sua est moderator & arbiter.*
210 *Vnusquisque potest rei suæ eam legem imponere, quam vult seruandam post eius mortem.*
32 *Voluntas sufficit pro ratione in his quæ sunt iuris positiui. & num. 33.*
170 *Voluntas testatoris est substantia testamenti, & eius causa materialis. sed reprobatur num. 171.*

1 I maiorum nostrorum vestigijs inhærere vellemus, Auditores Nobilissimi, aliquam nunc præfationem pro fœlici studiorum huius anni auspicio apud vos habere partes nostræ expostularent. Nam cum de iure ciuili agendum sit, cuius pertractatio, nedum pulcherrima, sed admodum difficilis est, adeo, quod teste Alciato, nemo sit, qui ingenuè non fateatur, quod Iuris hæc prudentiæ ars, quo dignior, honestior, laudabiliorque est cæteris professionibus, eò summas in se difficultates inextricabilesque nodos ferè contineat. Quapropter, ne in ipso limine vixque apertis stadij carceribus Adolescentes absterreantur, consueuerunt ij qui publicis honorarijs publicè profitentur, singulis annis luculenta oratione eos hortari & admonere, asserentes sicuti in ipsis bellorum congressibus sono tubæ equos animari, sic præceptoris voce Candidatos ipsos ad studia hæc addiscenda inflammari; Nos autem, cum ex superiorum annorum vsu exploratissimum haberemus, quo vos animi desiderio ad perdiscendam Iurisprudentiam feramini quantaque attentione aures Præceptoribus vestris adhibeatis, & qualiacunque dictata nostra percipiatis, minimè nobis necessarium visum fuit, id apud vos dicendi munus adsummere, præsertim, quod si de legalis Philosophiæ laudibus in præsentia disserere vellemus, & rem actam ageremus, & quæ hoc in suggestu toties dicta, decantata, inculcatavè sũt, repetere necesse haberemus (& quod maximũ est) subuertere videremur, illud summum moderationis, industriæ, attentionisq; exemplum, quod per multos annos iam elapsos mihi dedistis, ne in præsenti quoq; anno eosdem mores non præstaretis. Itaque, ne in rebus quodammodo supervacuis tempus conterere videamur, munusque illud quod alijs peritioribus conuenit, nobis minimè adscribamus, hanc dicendi prouinciam omittendam duximus. Quod verò ad nos attinet, vnum non prætermittemus, sed vobis significandum operæpretium existimauimus, vt quemadmodum ex totius Europæ partibus hanc in Academiam studiorum ratio vos compulit, quemadmodum plerique vestrum dimissa Patria, relictis Parentibus & Amicis, virtutis amore huc venere, quemadmodum denique relictis proprijs commodis; desertisque omnium ferè voluptatum generibus, Iuris ciuilis addiscendi causa ad nos ardenti animo se contulerunt, ita nos in vobis edocendis; nostram iam vobis præcognitam pollicemur diligentiã, ita omnibus, & singulis tum publicè, tum priuatim nostram offerimus industriam, ita denique obsequijs vestris, nos, animumque nostrum & re & verbis paratum accipite, vt quandoque diligentia, industria, labore animoque nostro erga vos non defraudati, vno ore fateamini, nos nullam aliam curam fore habituros, quàm vobis vti gratissimis fratribus obedire, vti amicis, ac domesticis obtemperare, & vt discipulis totis viribus, toto pectore, omni loco, omni tempore, labore industria, vigilijsque vobis inseruire.

Eia igitur strenuissimi Adolescentes, in arenam condescendite, & pugnam cum Accursio, Aretino, alijsq; Interpretibus à quorum latere nũquam sumus discessuri aggredimini, nobisq; iamiam dicẽtib. vestras solitas & perbenignas aures præbete.

Offert igitur sese nobis (Auditores præstantissimi) præsenti anno secundum omnium Academiarum Italiæ, & Vniuersitatum consuetudinem, Testamentorum, vltimarumq; voluntatum materia, quæ quam vtilis, frequens, et quotidiana sit, ipsa rerum magistra Experientia docet. Et cum nos hanc eãdem materiã aliàs latissimè explicauerimus, hoc tempore vtilitati vestræ inseruientes (reiectis Interpretum ambagibus) frustratorias disputationes resecabimus, & si fieri poterit, in hoc primo nostrarum Lectionum curriculo, hanc totam testamentorum seriem aliter quàm à Doctoribus tradita sit, noua quadam Methodo à nobis percipietis.

2 Ad Rubr. itaque propius accedentes, nouum ferè ordinem sequentes, de pluribus, quæ confusè sparsimque ab Interpretibus tradita sunt, præfari nos oportet.

Primo, cum clari & aperti iuris sit, Continuationem titulorum esse faciendam, vt admonet I.C. in l. 2. ff. de statu hom. cum deductis superius in Rubr. de Vsufructu, num. ... optima ratione, quomodo titulus iste præcedentibus cohæreat, agemus, illiusq; occasione quattuor explicabimus quæstiones, quæ situationẽ nostri tituli respiciunt; in quarum discussione, quæ in circularibus disputationibus dicentur, facilius intelligetis.

3 Secundo, cum quæstio, seu definitio nominis debeat præcedere difinitionem rei, vt per Cagnol. in l. omnis definitio, num. 5. de reg. iur. & à significatione nominum sit incipiendũ, teste Arist. lib. 4. Meteororum texto 10. dixit I.C. in l. 1. ff. si cert. pet. hinc fit, quod cũ Rubrica nostra sit inscripta De Testamẽtis ordinãdis, de significatione verborum positorum in d. Rubr. præfabimur, & præcipuè de significatione huius verbi, Testamẽti, quod cum sit species vltimæ voluntatis, vt tradunt Canonistæ in Rubr. de testamẽtis, & Iuristæ in Rubr. de leg. 1. videndum est quænam sit vltima voluntas, cum ad cognitionem specierum debeat præcedere cognitio generis, vt per Bart. in summario l. 1. ff. si cert. pet. vbi Butrigella, num. 9. & Sebast. Sapia, in Rubr. ff. de iurisd. omn. iud. num. 1.

4 Tertio, cum omnis disputatio de qua initium sumitur, à definitione proficisci debeat, teste M. Tullio lib. 1. Officiorum, argum. l. primæ, ff. de dol. dixit Baptista de Sancto Blasio, in tract. de Correlatiuis, num. 3, videbimus quænam testamenti definitio à I.C. tradita sit, & vnde testamentum ipsum

dēnomiustum appellatumq́ue fuerit.

Quarto cum Rubr. noſtra ſit concepta in numero plurali, diſputabimus quotuplex ſit teſtamentum, cum hodie reperiantur teſtamentorum plures ſpecies, vt per Ioan. Andr. in Rubr. de teſtament. vbi Nerucci. num.3. & per Campium hic, num.6. vt in ſimili habetur per gloſ. in Rubr. ff. de iudici. & in Rubr. infra de action. cum ſimilibus.

5 Quinto loco cum omnis cauſa debeat præcedere eius cauſatum, Campeg. in tracta. de dote, q.29. in fine. Bart. in l.1. num.1. ff. de interrog. act. & ad vnamquamque rem introducendam quatuor cauſæ concurrere debeant, ſ. Efficiens, Materialis, Formalis, & Finalis, vt per Bald. in Rub. C. de reſcind. vend. Brun. in tract. de forma, in princip. quarum etiam meminit Stephan. de Federigis, in tract. de interpretatione iuris, parte 1. nu.144. & in tractatu de vtraque poteſtate, cap.4. nu.2. ideo videndum eſt, quænam ſit teſtamenti cauſa Efficiens, Materialis, Formalis, & Finalis. In quo quæſtio duas huiuſce materiei principales pertractabimus Concluſiones.

6 Sexto & vltimo, cum cauſa cognoſcatur ab effectu, vt eſt text. in l. non codicillum, C. de teſtam. Bald. in l. ex hoc iure, ff. de iuſt. & iure, meritò conabimur oſtendere, quinam ſit effectus teſtamenti. Quibus explicatis, erunt abſoluta omnia quæ circa Rubr. hanc dicenda nobis videbantur.

Quo attinet ad Primum, noſce oportet, quatuor ad hunc titulum accõmodari continuationes, quas nos latius vltra DD. proſequemur.

7 Ait igitur Port. hic, poſſe continuari hunc titulum Primo ſic; Cum omnium rerum dominia nobis acquirantur, aut titulo vniuerſali, aut titulo particuli, §. fin. ĩ. tit. prox. l. quædam, ff. de acquir. rerum domin. l. in modicis, ff. de contr. empt. (quę lex nihil probat) ideò, cum ĩ. viſum fuerit, quibus modis titulo ſingulari rerum dominia acquirantur, ſequebatur videre, quomodo titulo vniuerſali acquirantur; at teſtamentum eſt modus vniuerſalis quęrendi dominia, ergo conſequens ordo videtur eſſe, ſi de teſtamentis hoc loco agamus.

8 Sed nos hanc Port. continuationem non probamus. Primo, quia continuatio debet aliqua ſpeciali ratione coniungere titulum, qui continuatur illi ad quem fit continuatio: Dec. in Rubr. C. quando non petent. part. in ſecunda lectura, nu.1. ſed hæc Portij continuatio non magis infert ad teſtamentum, quam ad quemuis alium modum quęrendi dominia vniuerſalem, nulla enim ratio apparet ex ſupradictis rationibus Portij, cùr ante nobis ſit agendum de teſtamentarijs hæreditatibus, quàm de legitimis, aut de bonorum poſſeſſione, vel etiam de acquiſitione per arrogationem, vel per adiectionem bonorum libertatum conſeruandarum cauſa, quibus omnibus modis quæruntur dominia per vniuerſitatem, §. fin. ſupra tit. præcedentis, ergo.

Secundo inquit in ea Port. teſtamentum eſſe titulum vniuerſalem querendi dominia, quod ſanè ita ſimpliciter intellectum eſt falſum: nam & legata dantur in teſtamentis, & tamen legatum eſt titulus ſingularis, vt ſupra in tit.1. §. fin. & infra, de legat. in princip. & §.1. Hæreditas igitur eſt modus quęrendi vniuerſalis, non teſtamentum, illud autem eſt quoddam continens, cum hęreditates deferantur aut ex teſtamento, aut ab inteſtato; & hoc modo accipienda ſunt dicta Portij, alioquin Portius falſus eſſet; licet autem defendatur hæc illius continuatio ab hoc ſecundo arg. Primum tamen obiectum contra eum vrget, vnde ab ea diſcedamus, prout & ipſe author facit.

9 Secundam igitur affert Portius continuationem in hunc modum. Viſum eſt ſupra quemadmodum dominia inter viuos acquirantur, verum quia ſequebatur videre, quomodo acquiri nobis poſſint ex vltima voluntate, ideo de Teſtamentis propoſuit tractationem.

Hæc quoque continuatio non eſt à nobis probanda; & Primo contra ipſam mouemur: nam dictum eſt ſupra ab ipſo Portio, quæri dominium actu inter viuos ijs modis, qui ſunt ſupra in tit. de rerum diuiſio. explicati; nam ex illis quis fit dominus, ergo præſupponit, infra nunquam tractari quomodo dominia inter viuos quęrantur, quod eſt falſum, agitur enim de ſtipulatione, & de alijs contractibus quibus rerum ipſarum dominia transferuntur, ergo mala.

Solutio tamen iſtius oppoſitionis vltra DD. eſt, quod ex illis contractibus, videlicet ſtipulationis, & de alijs multis, qui inferius explicantur, non actu, & ſtatim transferuntur dominia, ſed intercedente traditione; ex modis autem qui ſunt poſiti in ſuperioribus, actu ipſo dominia quæruntur, vnde ab hoc 1. argum. ſaluatur d. continuatio.

Secundo tamen facit: ſupponit Port. ſupra non eſſe tractatum quomodo dominia acquirantur ex vltima voluntate, hoc autem eſt falſum, dictum eſt enim de donatione cauſa mortis, vt ſupra, de donat. in princip. quam infra dicemus eſſe ad vltimas voluntates referẽdam. Confirmatur ex §. fin. ſupra, de ſeruit. ruſt. præd. ex §. conſtituitur, ſupra, de vſufr. eſt etiam text. in §. ſed & ſi cui, ſupra, de vſu & habit. in quibus omnibus tractatum eſt de ultimis uoluntatibus, ergo.

Tertio ſupponit Port. non agi infra quomodo dominia actu inter uiuos quærantur, quod uerum non eſt, ut apparet ex tit. de acquiſit. per arrog. ergo.

10 Sed his duobus ultimis fundamentis quidam Nouiſſimi quorum ſcripta circumferuntur conantur reſpondere, & in primis dicebant, quod denominatio fit à potentiori, l. quęritur, ff. de ſta. hom. §. flumina, ſupra, de rer. diuiſ. ſed ſupra potentior pars tractationis illius eſt de acquiſitione inter uiuos, cum de acquiſitione poſt mortem pauca dicat, ergo licèt dictum ſit de ultimis uoluntatibus, non per hoc uidetur obſtare; ita etiam ſecundum eos reſpondetur alteri argumento: nam licèt tractatum ſit de acquiſitione inter uiuos, tamen potentior fuit acquiſitio poſt mortem.

11 Secundo reſpondebant ipſi ſaluando Portium à prædictis argumentis: nam ſemper attenditur id quod principaliter agitur, l. ſi quis nec cauſam, ff. ſi cert. pet. cap. ſi Papa, de priuileg. ſed Imperator ſupra tractauit de acquiſitione cauſa mortis, hoc tamen fecit incidenter, unde ſequitur quod hoc non debeat attendi.

Quibus

Quibus tamen responsionibus non obstantibus, argumenta superius excitata adhuc vigent.

Replicatis igitur quod siue potentior pars tractationis illius sit de acquisitione inter viuos, siue de alia incidenter dicat, hoc nihil facit, quia in Portij continuatione præsupponitur, supra non fuisse tractarum de modis acquirendi per vltimã voluntatem, & infra non fuisse tractatum de acquisitione inter viuos, sed supra & infra de illis tractauit, ergo mala continuatio.

Nec obstat quod debeat attendi id quod principaliter agitur: quia respondetur, quod hoc est verũ, quando fuisset de mente disponentium aliquid tractare incidenter, & aliquid principaliter, sed hic non constat de mente, imò (& quod plus est) præsupponitur per Portium, nec etiam incidẽter de ea tractari, ergo cum hoc deinde falsum esse fuerit repertum, sequitur, quod mala fuerit continuatio.

Quarto & vltimo contra ipsam validè insurgo, videlicet, non esse verum id quod præsupponit Portius, intentionem Imperatoris fuisse, tractare supra de acquisitione inter viuos, & infra post mortem: sed sua intentio fuit tractare de acquisitione singulari & vniuersali, quę quidem intentio declaratur per §. fin. supra tit. prox. & per §. primum, infra de acquisit. per arrogat. non autem restringere se ad tractatum specialem de vltima voluntate, & inter viuos; Vnde ex ijs hęc Portij continuatio reijcienda est. Possent etiam & alia multa deduci, sed in re nullius momenti tanta temporis iactura non est facienda,

12 Tertia igitur succedit continuatio Ias. in add. ad Port. hic, quam quidem non habemus necesse referre, tamen vt præmissum ordinem seruemus ita continuat ipse Ias. supra dictum est de nonnullis modis acquirendi dominium de iure ciuili, §. fin. supra de vsu & habit. sed quia inter alios modos acquirendi de iure ciuili ipse est vnus, ideò rectè ponitur titulus de testamentis.

Sed hanc quoque continuationem damnãt Tobias Nonius hic, nu. 19. & alij moderniores, & benè quidem, iudicio meo; hoc patet

Primo, vult enim Ias. quod modus iste succedendi ex testamento sit iuris ciuilis, quod tamen est falsum, cum sit de iure gentium secundum magis receptam opinionem, vt infra suo loco demonstrabimus, ergo.

Secundo ista cõtinuatio præsupponere videtur, infra non poni modos acquirendi dominia de iure gentium, hoc autem est falsum: nam per successionem ab intestato, rerum dominia acquirũtur, §. fina. tit. prox. & tamen successio ab intestato est de iure gentium, vt omnes admittunt, & probari videtur ex cap. ius naturale, prima distinct. ergo pręsuppositum Ias. corruit.

Tertio mouetur Bauer. hic, nam hæc continuatio tanquam à remotis facta, est reijcienda, & licèt aliquando à remotis facta toleretur, vt quia tituli intermedij sint de materia, vt in casu nostro, tamen hæc non procedit, quando potest fieri commodè ad proxima, sed in casu nostro fieri potest, ergo.

Quarto & vltimo ego validè insurgo vltra DD. Iasonis enim cõtinuatio videtur concludere, quod titulus de testamentis debuisset poni statim post titulum de vsu & habitat. vel saltem non concludit quare potius hoc in loco quàm alibi poni debuerit iste noster titulus.

Nec obstat d. §. fin. supra de vsu & habit. à quo ducit Ias. suam continuationem: Nam respõdetur, quod text. ille loquitur in tractatu acquirendi dominia titulo singulari, nam in §. singulorum, supra de rer. diuis. vsque ad prædictum §. fuerunt explicati modi acquirendi de iure gentium, à §. verò fina. de vsu & habit. hucusque dixit quibus modis iure ciuili singulæ res acquirantur: nunc verò transit ad tractatum acquisitionis titulo vniuersali, in quo permistim & ius gentium & ius ciuile explicatur, d. §. fin. tit. proximi.

13 Continuatio ergo, quæ nobis sequenda est poni tur non ab Accurs. non ab Interpretibus, sed ab ipso met Iustiniano, in §. fin. suprà tit. præcedentis, vt fatentur Aret. Fab. & alij hic.

Ego igitur eam altius vobis referendã statui, ad hoc, vt Institutionum omnem ordinem præ oculis habeatis, sic enim continuationes omnes deducendæ sunt ex ordine s. & dispositione libri quem præmanibus habemus, & continuatio deinde eam nobis præstat vtilitatem, vt cognitu ordine, faciliorem cognitionem rerum pertractandarum pręstet.

Aio igitur, totum Iustiniani Institutionum volumen, pertinere principaliter ad tria summa capita; ad personas, ad res, & ad actiones, §. fin. supra, de iure nat. gent. & ciuili, l. 1. ff. de statu homin. De personis dicitur in toto primo libro, vsque ad titu. de rerum diuis. Tractatus verò rerum incipit ibi, & durat vsque ad tit. de obligat. De actionibus autem dicitur à tit. infra, de obligat. vsque ad finem Institutionum. De rebus autem ita disputat Imperator, vt credat se quæ ad res pertinent exposuisse omnia, si modos quibus res nobis quæruntur exponat; tractat ergo de modis quibus res acquiruntur, vt constat ex §. singulorum, supra, de rerum diuis. ex §. fin. supra, de vsu & habit. & ex §. fin. titu. proximi. Res autem omnes nobis acquiruntur vel de iure gentium, vel de iure ciuili, commodum visum est, modos prius exponere, quibus iure gentium domini efficeremur, d. §. singulorum. Sunt igitur positi modi acquirendi dominia de iure gentium, à titulo, de rerum diuis. vsque ad titulum, de vsucap. d. §. singulorum, & d. §. fin. supra, de vsu & habit. vbi facit transitum Iustinianus ad modos ciuiles quęrendi dominia. Horum autem, scilicèt ciuilium modorum, alij sunt singulares, alij vniuersales, §. fin. supra tit. prox. & infra de legat. in princ. l. quædam, ff. de acquit. rerum dom. Visum est Iustiniano ante exponere modos ciuiles singulares, & hos prosequutus est à titulo, de vsucap. vsque ad tit. nostrum, vt in d. §. fi. de vsu & habit. & in §. fin. tit. præcedentis.

In nostro autem titulo aggreditur Iustinianus tractationem modorum vniuersalium, d. §. fi. sunt enim modi vniuersales bi ferè, hæreditas, bonorum possessio, arrogatio, & adiectio libertatum conseruandarum causa. Cum ergo de modis vniuersalibus esset dicendum hoc loco, visum est Iustiniano primo loco de hæreditatibus agere, quàm de reliquis

quis tribus sequentibus locis. Hæreditas autem est duplex, defertur enim ex testamento, vel ab intestato, d. §. fin. tituli præcedentis. Quoniam autem testamentaria semper præfertur legitimæ, l. quã diu, ff. de acquir. hæred. prius de testamentarijs hæreditatibus dicendum videbatur: Ad has verò cognoscendas, necesse est ut cognoscamus ius quod in testamentis, & eorum ordinatione obseruatur; Vnde, hæc in re necessarium est initium (vt inquit Iustinianus) de testamentis ordinandis exponere. Quam continuationem firmant Aretin. Fab. Plat. Viglius num. 10. Ozer. nu. 1. Tob. num. 24. Piccinardus pag. 1. & tandem est communiter recepta, vt de communi testatur Tob. num. 24. & Piccinardus loco supra citato, & in toto corpore iuris hac Imperatoris continuatione melior non potest inueniri.

14 Sed quoniam opposita iuxta se posita magis elucescunt, Bart. authore in proœm. ffforum, in §. & antea, in princip. Cagnol. in proœm. ffforum, nu. 5. Ioan. Monacho in Rubr. de renunciat. lib. 6. dixit Christophorus Lanfranchinus, in tract. Vtrum sit præferendus Doctor, an Miles, num. 5. ideò contra hanc communem continuationem pluta deducuntur per Doctores; vnde & nos quoq; alia vltrà ea nostro marte fabricata, contra illam dirigemus argumenta, ex quorum resolutionibus esse non tantum necessariam (est enim necessaria cum à legislatore sit prodita) sed etiam optimis rationibus institutam apparebit. Et licèt nõn pauci quidem, & magis probati viri inutiles existimauerint huiusmodi inquisitiones, cum l. 2. de statu hom. super quam fundatur opinio faciendæ continuationis, nihil probet, & apud nos nõ esset illud perpetuũm edictum, tamẽ in hoc maiorẽ partẽ sequendo (nam error cõmunis facit ius, l. 1. ff. ad Maced. l. 1. C. de test. l. fin. in fine, ff. de offic. præsid.) ex quo tractatur ab omnibus, nos etiam pertractabimus.

15 Primo, igitur cõtra eam moueor; qd continuatio nil aliud est quam actus successiuus ad perfectionem eiusdẽ materiæ tendens, l. continuus, in princ. ff. de verb. oblig. Ripa in Rubr. extra, de iudic. nu. 6. dixit Cagnol. in Rubr. nu. 1. ff. de orig. iur. & hinc est quod aiebat Geminianus, in cap. 1. in fine de consecr. eccles. vel alt. in 6. continuationẽ esse duorum coniunctorum inter se corporum tactum: at nostra continuatio non est da materia ad eandem materiam: imò, ad longè diuersam: nam agimus de modo vniuersali querendi dominia de iure ciuili, & continuatio facta est ad modos iuris gentium; item, fit ad modos ciuiles, sed particulares, ergo.

Respondet, quod continuatio nostra fit de materia rerum ad eandem materiam rerum: Nam licet diuersa sit acquisitio quę fit de iure gentium, ab ea quæ fit de iure ciuili, necnon etiam diuersi sint modi vniuersales acquirendi à particularibus, tamen vtroque casu dicitur acquisitio in genere ipsarum rerum & hoc sufficeit in faciendis continuationibus, vt nos docuit Imperator in titulo supra, quib. mod. ius patr. potest. solu. vbi primus ille liber tractat de personis: & licèt aliquæ personę sint liberæ, aliquæ seruæ, aliquæ sui iuris, & aliquę in potestate, tamen transitum facit de illis qui alieno iuri subiectæ sunt, ad illas quę liberantur ab aliena potestate; quæ quidem pertractatio, licèt sit diuersa, dicitur tamen esse eadem in genere, cum in vtroque capite de personis agatur; Ad idem pondero ego titulum, quib. mod. toll. oblig. qui continuatur ad titulos superiores, in quibus agitur de obligatione inducenda; & licèt quid diuersum videatur obligationis natiuitas, & illius mors, in genere tamen est eadem materia obligationis: ita hic est eadem rerum acquisitio, aliàs si omninò ad eandem materiam in indiuiduo esset facienda continuatio, vna tantum tractatione necesse erit omnes iuris libros occupari.

16 Secũdo tamen continuatio est facienda ad proxima, & immediatè, non ad remota & ad separata, l. 1. ff. de statu hom. l. cum de lanionis, §. asinam, ff. de fund. instr. cum consocijs, sed hæc non est talis, ergo.

Minor probatur: quia proximus est is, quem nẽmo antecedit, l. proximus est, ff. de verb. signific. l. 1. §. proximus, ff. vnde cognat. Dixit Cynus noster, in tract. de succeſs. ab intest. parte 2. numer. 8. Anton. Rosellus ibidem, num. 8. sed inter nostros titulos ad quos fit continuatio, duo intermedij adsunt tituli, supra proximè præcedentes, ergo est vitiosa.

Augetur difficultas ex significatione istius vocabuli, Continuatio, quod quandam cõtiguitatem designat, Iaſ. in Rubr. de leg. 1. num. 1. vnde teste Seneca, lib. 2. Naturalium quæstionum, continuatio est partium inter se non intermissa coniunctio.

17 Solu. quod continuatio facta ad remota toleretur; quando ea quæ sunt in medio, pertractant de eadem materia: ita dixit Imola in Rubr. ff. de appel lat. num. 1. Ripa in Rubr. extra, de iudic. num. 8. Alex. in Rubr. soluto matr. nom. 1. Iaſ. in Rubr. de leg. 1. num. 8. quam etiam opinionem tenuit Aret. supra in proœm. Inst. in princ. dixit Camill. Plaut. in tract. suo de Notis Crauettæ, lib. secũdo, cap. 8, num. 7. & mouentur per text. in l. 1. ff. si tab. testam. nullæ extab. vbi inquit I.C. Postquam Prætor loquutus est de bonorũ possessione eius, qui testatus est, transitũ facit ad intestatos; ad idem facit secundum eos principium infra, de legat. tamen multi tituli aderant intermedij, loquentes de eadem bonorum possessione, inter eam quæ nobis prouenit ex testamento, & quæ defertur ab intestato.

Sed animaduertendum est, quod licèt sit in se verum istud, non tamen videtur ex illis iuribus probari; prout etiam animaduertit Ripa in d. Rubr. extra, de indic. num. 8. loquuntur enim illa iura de subordinatione matrię ad eandem materiam, quę subordinatio benè põt fieri ad remota, l. 2. §. quartus, C. de veteri iure enucl. ideo allegandus est text. in l. duos reos, §. fin. ff. de duob. reis, ex quo elicitur

18 Regula, quod medium non impertinens non impedit extremorum coniunctionem; notat Ioan. Bru nell. in tract. de sponsal. & matrim. num. 2 5. 2. conclus. sed in casu nostro tituli, qui sunt intermedij, loquuntur de eadem acquisitionis materia, ergo non fit ad remota; & hæ duæ oppositiones deductæ sunt ex regulis continuationum.

Nunc verò contra ipsius cõtinuationis ordinem argumentabimur.

Tertio

Tertio itaque loco oppono, oportebat enim Iustinianum inter modos ciuiles prius de vniuersalibus agere, deinde ad particulares, & singulares transitum facere Prætoris exemplo, l. 1. ff. de rei vend. facit l. 1. vbi Bart. in Summario, ff. tit. de reb. cred. vbi Dec. in 1. notab. in vlt. lectura vniuersalia enim prius explicari debent, vt infra, de hæred. fideicōmiss. in princ. & supra, de iustitia & iure, §. huius studij, at ipse fecit contrarium, ergo videtur suum ordinem malè duxisse.

19 Respondetur primo loco, quod cum supra fuisset tractatum de modis iuris gentium, qui omnes ferè sunt particulares, d. §. singulorum, de rer. diuis. non erat alienum à ratione iuxta illos ponere modos ciuiles particulares, argumento text. in §. tertij insuper anni, & §. post eūdem, in proœm. ff.orum & sic ratione antiquitatis prius explicauit singularia, quam vniuersalia, cum antiquior sit præferendus, d. §. singulorum, & antiquior sit modus acquirendi dominia tit. singulari, quàm vniuersali, cum ille vt plurimum, imò semper sit iuris gentium, modus verò acquirēdi per vniuersitatem sit ciuilis, d. §. fin. tit. præcedentis, vndè non obstat.

Confirmatur d. responsio: nam nos videmus in iure aliquando speciali quadam ratione singularia præponi vniuersalibus, vt in tit. ff. de iurisd. omn. iud. & in tit. ff. de re iudic. vbi prius officia designauit, deinde in genere & in communi de omni iurisdictione dixit, fecit idem in tit. de reg. iur. I. C. vbi post speciales titulos super rebus & personis, posuit generales traditiones, ita in casu nostro, ratione antiquitatis hoc factum creditur.

20 Nec obstat si dicatur, quemadmodum in circularibus dispuestionib. dictum fuit, quod antiquiora præferuntur datis terminis habilibus, vt ille scilicet qui sit antiquior, & ille qui est posterior, in eadem sint dignitate constituti, tunc antiquior præfertur, secùs verò vbi posterior esset dignior, nam tunc ratione dignitatis antiquiori ille erit præferendus; quod probatur: quia Ius Ciuile antiquius est iure Canonico, & tamen ius Pontificium tanquā dignius præfertur, cap. solitæ, de maior. & obed. sic in proposito, licèt modus acquirendi tit. singulari vt plurimum sit antiquior modo acquirendi per vniuersitatem, tamen quia modus vniuersalis acquirendi dignior est, ex eo, quod plura in se continet, ideo ratione dignitatis attenta, præferri debet, & ita adhuc videtur remanere difficultas.

Respondeo enim, negando quod dignior sit modus acquirendi tit. vniuersali, quia imò nulla consideratur dignitas: & licèt in se plura comprehendat, hoc tamen non habetur in consideratione, quominus prius explicetur tractatus rerum acquirendarum tit. singulari, cum sit vetustior, vt expresè inquit Imperator in d. §. singulorum, licèt ergo vniuersalis sint prius explicanda, hoc tamen non procedit, quando particularia essent antiquiora.

21 Secundo respondeo, quod illa Regula quæ habet, ab vniuersalibus, & generalibus esse incipiendū, vt patet ex Rubr. infra de bonor. poss. in Rubr. extra, de probat. in Rubr. extra, de reb. eccles. non alien. & in Rubr. C. de seru. fugit. hæc tamen Regula vt plurimum vera est in naturalibus, vt tradit Cagnol. in Rubr. de reg. iur. nu. 16. sed extra naturalia multoties particularia præcedunt vniuersalia, aliquali speciali ratione, puta, ratione facilioris doctrinæ, prout in simili dixit glos. in Rubr. de reg. iur. in 6. respectu enim doctrinæ tradendæ, particularia & singolaria præcedere debent vniuersalia, vt in simili fecit Aristoteles Politicorum 1. c. 1. vbi volens inuestigare quid sit Ciuitas, inuestigauit primo singulas partes ex quibus ciuitates constant; hinc est, quod etiam I. C. & compilatores illud obseruarint, vt in tit. de reg. iur. & in alijs titulis in quibus tractatum est de particularibus, ac demum de vniuersalibus, & ideo inquit I. C. in l. si seruus, §. inquit lex, ff. ad leg. Aquil. non esse inconueniens, quibusdam specialiter præpositis, verbum generale subijcere, quod omnia specialiter dicta comprehendat; voluit glos. in l. doli clausula, ff. de verb. obligat. dixit Cagnol. in d. Rubr. num. 17. & Mainerius ibi, nu. 9. cum sequentib. Hac igitur ratione facilioris doctrinæ, vel antiquitatis gratia, prius dixit Imperator de modis particularibus, quam de vniuersalibus.

Quarto oppono; si hoc in loco erat agendum de acquisitione vniuersali, quæ est quadruplex, vt in d. §. fin. tit. præcedentis, cur enim prius tractauit de hæreditate, quam de alijs? quo enim iure hoc fieri debebat? cur tanta iniuria alios modus uniuersales affecit? præsertim, quod arrogatio fit à uiuentibus, hæreditas uerò post mortem semper confertur: debebat, ergo discutere Imperator diligētissimè quisnā ex ijs modis erat præferendus, & si aliquis debebat præferri, ille arrogationis modus erat præferendus, ratione supra deducta: at non fecit aliquod de prædictis, ergo mala continuatio.

22 Sol. multas fuisse causas propter quas Iustinianus testamentarias hæreditates reliquis modis uniuersalibus prætulerit. Prima, quia bonorum possess. est ad exemplum hæreditatis à Prætore constituta, ut declarant Interpretes in princ. titu. & in § quos autem, de bon. poss. Adiect. libertatum seruandarum causa post testamentariam hæreditatem naturali ordine uenit, ut. j. de eo cui libert. causa bon. adijci. quod etiam legitimæ hæreditati testamentaria sit præferenda, est text. in l. quam diu, ff. de acquir. hæred. ut infra. Quatenus autem ad arrogationem attinet, in qua erat maior dubitatio, potest dici, de hæreditatibus antea fuisse dictum, quia est modus magis frequens, ergo diligentius & accuratius ante omnis cognoscendus erat, argumento leg. legati, ff. de liber. leg. l. iusto, ff. de usucap. Item, latius patet ille modus acquirendi per hæreditatem, ut tot tituli de eo loquentes indicant: necnon etiam ipse est communis ad plures personas, plures enim testamenta condunt, quàm filios sibi arrogent; Fuere etiam & aliæ causæ eo tempore quæ ipsum Iustinianum induxerunt ad pertractandum priori loco hæreditatis acquisitionem, quàm filiorum arrogationem, quæ nobis minimè perspectæ cognitæque sunt: vndè, ex adductis iam patet responsio ad supradictam oppositionem.

Itē, potest dici, quod erat dignior successio testamentaria, cum à iure gentium inducta sit, secundum opin. communē: arrogatio autem iure ciuili.

Tertio potest responderi, quod semper dicitur fieri acquisitio inter uiuos, siue fiat per hæreditatem, siue per arrogationem: tunc enim procederet argumentum supra relatum, si per successionem, vel per hæreditatem post mortem suam quis non acquireret, sed cum eo casu semper fiat acquisitio inter viuos, respectu viuentis, meritò non concludit argumentum. satis, ergo constat, qua de causa prius dixerit de testamentis, quàm de alijs modis vniuersalibus.

23 Quinto tamen ego oppono contra prædictam continuationem seu ordinem; Tria præsupponit Imperator quæ sunt falsa, ergo falsa continuatio, argumento cap. cum Paulus. 1. q. 1. argum. text. in princ. supra de vsufr.

Assumptum probatur nam dum inquit ipse, dictum est supra, de modis acquirendi de iure gentium, titulo particulari, sequitur videre de vniuersalibus. Pro constanti præsupponit, supra ante titulum nostrum non esse tractatum de modo acquirendi per vniuersitatem, at hoc est falsum, quia dictum est supra, de arrogatione, toto titulo supra, de adopt. vbi tractatur de ipsa filiorum arrogatione. Secundo præsupponit Imperator se tractasse in superioribus titulis de acquisitione iuris gentium, & postmodum se velle tractare de acquisitione iuris ciuilis, quod præsuppositum non est verum: quia infra tractatur de emptione, & venditione, de locatione, & de alijs, qui omnes contractus sunt modi acquirendi de iure gentium, ergo. Tertio præsupponit Imperator, quod infra non tractetur de acquisitione particulari, at hoc est falsū: quia tractat de Legatis, Codicillis, Fideicommissis particularibus, qui omnes sunt modi acquirendi titulo particulari, ergo de primo ad vltimū redditur falsa prędicta continuatio.

Respond. ad primum de arrogatione, quod ibi principalis intentio est, pertractare de adoptione, non autem de arrogatione: sed cum arrogatio sit species adoptionis genericæ, ideò de illa tanquam per accidens pertractat, ita in Circularibus disputationibus fuit responsum. Quæ quidem resolutio de facili potest euerti; nam cōpilatio titulorum maximo cum ordine, & ratione posita est, vndè, quemadmodum tu vis, quod tractet incidenter de arrogatione, eo quia est species adoptionis; dico, quod etiam pertractabit de ipsa adoptione in specie per accidens: nam si adoptio tāquam genus habet sub se arrogationem, & adoptionem, si incidenter tractat de vna specie, ergo & de alia: at hoc est falsum, quia principaliter tractat de adoptione, ergo & de arrogatione peragit quoque principaliter, & non incidenter.

Tutior, ergo responsio est, quod ibi non tractat Imperator de acquisitione actualiter, sed de modo acquirendi per arrogationem; docet enim Iustinianus quid sit adoptio, quæ arrogatio, quomodo fiat, & per quem, & cuius fiat arrogatio, vt ex lectura illius tituli constat. Nec obstat si adhuc obijceres, quod imò agit de acquisitione, dum inquit text. in princ. illius tituli, quod si impubes arrogatus decesserit, tenetur restituere omnia bona sua, vel si eū exhæredauerit, tenetur ad quartam suorum bonorum, ergo. Respondeo, quod cum Imperator vellet demonstrare quomodo fiat arrogatio, & ad quæ teneatur arrogator, inquit ibi: quod si ille impubes, &c. non autem quod ex professo voluerit de acquisitione tractare, sed agit de ea in quantum ipse declarat modum, & normam arrogationis, & hoc pacto cessat prima difficultas.

Ad secundum de emptione, & de alijs, respondetur, quod & ibi tractat de emptione incidenter, cum ipse iam terminauerit modos acquirendi iuris gentium.

Nec obst. si dicas, imò principaliter: quia nō est credendum, tres vel quattuor titulos incidenter positos esse: Nam respondeo, quòd imò incidenter necessitate ductus, quia cum emptio & locatio respiciant ipsam obligationem ex illis causatā, cum loquantur illi tituli de obligatione ex consensu, & tractatus obligationis erat vltimo loco explicandus secundum mentem Iustiniani, vt §. fin. supra, de iure nat. gent. & ciuili, ideò occasione ipsarum obligationum, illorum meminit.

Item respondeo, quod ibi non tractat de contractu emptionis & locationis, tanquam de contractu iuris gentium, sed de obligatione, vt patet ex Rubr. de oblig. quæ ex consensu nascuntur, si de obligatione, ergo non de modo acquirendi.

Ad tertium respondetur per Tobiam hic, num. 24. quod non tractatur infra, de legatis, & de alijs principaliter, vt ostendatur, quemadmodum dominia illius tituli acquirantur, sed ex eo quod de testamentis supra fuerat dictum: vndè, cum legata non possent fieri nisi in testamento, ideo de illis occasione testamenti peragit, & hoc sibi voluit Imperator in princ. de legat. ibi, sed cum omninò de testamentis loquuti fuerimus, non potest non sine causa hæc materia legatorum pertractari: Hoc idem significauit in d. §. fin. supra per quas pers. nob. acquir. dū ait, hactenus admonuisse sufficiat, quemadmodum singulæ res nobis acquirantur, & fideicommissorū vbi singulæ res nobis relinquuntur, opportunius inferiori loco referemus: quasi innuat ipse Imperator, quod supra secundum eius propositum, de legatis erat pertractandum, quia tamen ab hæredibus præstantur, qui in testamento institui solent, in materia testamētorum opportunius declarabuntur.

25 Contra quam responsionem ego in Circularibus disputationibus replicabam; in primis animaduertendo, quod de iure ffotum Legata & Fideicommissa erant exæquata, l. 1. de leg. 1. sed quoniam fortasse non erant exæquata per viam Regulæ, & in omnibus, ipse Imperator de iure Codicis in omnibus & per omnia exæquauit, prout est videre in l. 1. & 2. C. commun. de legat. §. sed non vsque, infra, de legat. modo stante hoc, argumentor sic.

Compilatio Institutionum sequentes communes traditiones fuit post Pandectarum compilationem, & post libros Codicis: sed in libris Codicis statutum est, quod legata sicut fideicommissa possint relinqui ab intestato, ergo malè Imperator dum inter modos particulares, & sic post titulum de donationibus, non posuit titulum de legat. & per consequens malè respondet ipse in princ. de legat.

leg.et.et in d.§.fin.tituli precedentis,vbi inquit,non posse tractare de legatis nisi post titulum de testamentis, quod non est verum: poterat enim agere de legatis ante titulum de testamentis, ex quo tempore compilationis Institutionum legata poterant fieri extra testamentum, & hæc consideratio admodum vrget.

Vnde resolutio potest esse, vt dicamus in primis, quod non est verum quod Compilatio Institutionum fuerit post compilationem Codicis, sed fuit ante Codicis editionem,quam nunc habemus:benè verum est, quod compilatio Institutionum fuit post primam editionem Codicis,quam hodie non habemus, vt inquit glos. in §.quorum vtramque viam, in procem. Inst. in verbo,consonantiam, & ibi adnotat Aldobrand.si ergo compilatio Institutionum fuit anterior cõpilatione Codicis,quo hodie vtimur, cessat argumentum. An autem veram opinemur communem opin. circa Institutionum, & Codicis compilationem, & quid sentiamus, scripsimus in §.sed non vsque,de legat.in 20. intellectu ad l.primam,ff.de leg. 1.

Secundo videtur, dato, quod Compilatio Institutionum esset posterior, & quod eo tempore legata possent fieri ab intestato, tamen quia dignior & potentior causa est testati, quàm intestati,inconueniens esset, si tractasset de legatis, antequam de testamentis, eo quia, eius intentio erat pertractare de causa testati,vt ipse fatetur in d.§.fina.

Præterea ,titulorum Compilationes fiũt secundũ ea quæ frequentius accidunt, argumento l.nam ad ea,ff.de legib.at ex frequentiori vsu euenit,quod legata in testamentis relinquantur, quam ab intestato, ideò de illis nõ tractauit antequam prius explicatet legata in testamento relicta, tanquam frequentiora, & vt etiam dixi digniora, & potentiora, argumento l.quam diu, ff.de acquiren. hæred.ergo cessat argumentum supra telatum.

Sexto ego oppono,attenta hac continuatione sequetur, quod priori loco ponentur res, quàm personæ, cum prius dixerit de testamento, quàm de personis testantium,sed consequens est falsum, ergo & antecedens.

Consequentia probatur per §.omne autem ius, supra de iure nat.gent.& ciuili,vbi personarum cognitio semper debet præcedere,l. 1.ff.de statu hom. Confirmatur per libros Codicis, in quibus priori loco dixit de personis testantium, quàm de ipso testamento, ergo.

Respond.quod cum Imperator iam explicauerit modos acquirendi de iure ciuili particolares, & demum in §.fin.tit.preced.proposuerit tractare modos acquirendi per vniuersitatem,inter quos est testamentum, meritò posuit hunc titulum de testamentis: si autem prius pertractasset de personis testantium, errasset quidem Imperator in primo limine, quia sub illo titulo, & Rubr. Quib.non est permiss.facere testamentum, non ponitur aliquis modus acquirendi dominium tit.vniuersali, vndè, suadente quadam necessitate hoc fecit. Nec obstat, quod in Codice contrarium seruauerit: nã ibi Imperator motus est alia speciali ratione,de qua j.videbimus in 2.quæst. Post. super hanc nostrã Rub.

Septimo oppono, præsupposita d.continuatione, sequetur Imperatorẽ seipsum impugnare, hoc autem non est admittendũ,ergo mala continuatio.

Consequentia probatur: nam inquit Imperator in §. fin.per quas person.nob. acquir. explicito tractatu rerum acquirẽdarum titulo particulari de iure ciuili, sequitur videre de modo acquirendi per vniuersitatem de iure ciuili: & subdit incontinenti titulum de testamentis,qui tamen titulus est modus acquirendi de iure gentium, non ciuili, secundum receptam sententiam, ergo Imperator seipsum impugnare videtur.

24 Respondetur, distinguẽdum esse hac in re, cum fœdere distinctionis omnia concordentur, l.apud antiquos, vbi etiam glos.in §.sin autem, in verbo, discretis, C.de furt. Aut enim nos consideramus ipsam successionem testamentariam, seu testamentum sine forma, sed prout est rudis & informis voluntas, & tunc procedit argumentum, testamentum scilicet esse iuris gentium; Aut verò consideramus testamentum formatum, & solemnizatum cum forma tradita à Lege,& tunc testamentũ dicitur etiã iuris ciuilis.modò,quando Imperator subnectit titulum de testamentis,intelligit de testamento formato, & solemni; Et hæc videtur esse communis resolutio, de qua videbimus dum disputabimus de origine testamenti.

Octauo & vltimo deducitur contra hanc Continuationem, seu potius contra verba ipsius Imperatoris dicentis:ac prius dispiciamus de hæreditate, quæ prouenit ex testamento,demum de ea quę prouenit ab intestato, contra quod dictum moueor; nam si hoc in loco erat tractandum de hæreditate, prius erat explicanda hæreditas ab intestato,quàm ex testamento. Probo: antiquiora sunt præponenda ex mente ipsius Iustiniani, in d.§.singulorum,

25 at hæreditas ab intestato est antiquior,quia est inducta à iure naturali,quod vetustius est: patet hoc ex l.fina.C.quorum bonorum, ibi,& lex ipsa naturę successores eos facit. glos.in cap.ius naturale, in verbo, successio, 1.dist. sed de iure naturali nõ erat adhuc introducta testamenti factio, cum hoc indoxerit lex ciuilis, vt inquit text. in princ. tit. nostri, ibi, sed prędicta quidem nomina ad ius ciuile referebantur, ergo dicendum est, hęreditatem ab intestato, inuentam à iure naturali, antiquiorem esse, & per consequens digniorem, d.§.singulorum, ergo erat prius proferenda,arg.l. 1. & 2. C. vt dignit. ord.seru.lib.12.arg.l.1.& 2.ff.de albo scrib.natura enim antiquior & nobilior est iure positiuo, cum ars imitetur naturam, teste Aristot.2.Physic §.minorem,j.de adopt.l.adoptio, ff.eod.tit.l.nihil, §.facilior, ff.de bon.libert.

Confirmatur:quia successio ab intestato est generalior, cum ex ea omnibus succedatur, ex testamento autem illis tantum, qui habent testamenti factionẽ,ergo priori loco erat ponenda,at non hoc fecit Imperator, ergo corruit.

26 Respond. negando quod hæreditas ab intestato emanarit à iure naturali,imò ortum duxit à lege ciuili, nempè à lege 12.tab.text.est in l.lege obuenire, ff.de verb.sign.l.1.ff.de suis & legit.hered. Nec obstat text.in l.fin. C.quorum bonorum, nam retorquetur

quetur in contrarium, dicitur enim ibi, coustat virum a bonis intestatæ vxoris superstiubus consanguineis esse extraneũ, cũ prudentiũ omuia Responsa, & lex ipsa naturę successures eos faciat, ergo prudentum Responsa; quæ nil aliud sunt uisi ius ciuile, §. responsa prudentũ, supra, de iure nat. induxerunt consanguineos successores fieri, non auté maritum, ergo non lex naturæ. Illa autem verba, & lex ipsa naturæ successores faciat, sunt intelligenda respectu naturalis cuiusdam affectionis, cum omnib. hominibus à natura insitum sit, vt potius consanguineis, quàm extraneis bona sua relinquaut, non autem quod istud induxerit ius geutium.

Præterea, dato, quod intelligerentur illa verba (iure naturæ) pro iure naturali, tamen etiam non probant, quia sunt verba enunciatiua, quæ non disponunt, l. qui familiæ, ff. famil. ercisc. cum consocijs. Nec etiam obstat glos. in d. cap. ius naturale, quia quemadmodũ animaduertunt Moderni Cremonens. hic, text. ille loquitur de successione non testamentaria, & hæreditaria, sed capitur pro successione per carnis propagationem, seu per sobolé contractam, quod probant illa verba præcedentia, ibi, viri & fœminæ coniugatio: postea sequitur, liberorũ successio; Nec est inconueniens, verba subsequentia declarare præcedétia, & è conuerso, l. vtrum, ff. de petit. hæredit. l. sed & posteriores, ff. de legib. dixit Ioan. Staphileus, in tract. de gratijs expectat. §. circa, num. 57. sequitur ergo, hæreditatem ab intestato esse iuris ciuilis creaturam, sicuti testati. Nec obst. successionem ab intestato esse generaliorem: quia id quidem fateor, sed ob id non sequitur, ergo est dignior, vt firmaut Doctores commun. in Rubr. ff. si cert. pet. Vnde, cum causa testati deinde sit dignior quã intestati, ideo prius dixit de testamentis quàm de legitima hæreditate.

27 Quod sit dignior, probatur: quia magis ex mente defuncti venire dicitur, glos. communiter approbata, in Rubr. C. de bon. posses. secundum tabul. Augetur hoc: quia prouisio hominis facit cessare prouisionem legis, text. est in l. fina. §. & si quidem, C. de pact. conuent. videtote text. in l. & haber, §. cũ quis, ff. de precar. vbi not. Batt. Confirmatur & tertio, quia hæreditas testamentaria dicitur honor, l. Iulianus, vers. nõ. n. ff. si quis omissa causa testam. ibi, proprio honore omisso. Ad idem facit l. filium, §. sed si portio, ff. de legat. præstand. ibi, eum nõ modo honesto titulo, sed & pleniore hæreditates tribuantur. Vnde, cum sit dignior, hinc est, quod iura exclamant, quod quamdiu potest habere locum successio testamentaria, friget ab intestato, l. quamdiu, ff. de acquir. hæred. l. quamdiu, ff. de reg. iur. l. antequam, C. comm. de success. l. ex testamento, C. vnde liberi. cessat ergo omnis difficultas superius excitata. Vndè, ex his iamiam apparet, continuationem quam vltimo loco retulimus, necessariam esse, & sequendam, cum ex libro ipso Institutionum Iustinianus eam nobis tradiderit, & quam nos supra tantopere diximus commendandam.

Iuxta hanc continuationem sunt à nobis explicandę quattuor quæstiones, duæ excitatæ hic per Port. altera à Bellono, quarta à nobis: quæ omnes ipsam tituli nostri situationem respicere videntur.

28 Prima est, quare in hoc libro Institutionum inscribatur Rubr. nostra de testamentis ordinandis, deinde ponatur & alter titulus, quib. non est permiss. fac. testam. cum in ffforum libris hi duo tituli coniuncti sint sub vna tantum Rubr. de testam. & qui testamenta fac. poss. & quemadmod. testamenta aper.

Secunda quare prius dixit de testamentis, quàm de personis testantium cum in Codice contrarium ab eo fuerit obseruatum.

Tertia est quæstio Bell. quare prius dixit de testaméto paganico, quàm de militari, cum in Codice prius de militari quam de paganico dixerit.

Quarta erit quæstio à nobis excitata, cum prius dixerit de testamentaria hæreditate, quam de bonorum possessione cum in Codice contrarium factum sit.

Quantum ad primam inspectionem pertinet, videretur dicendum, malè Rubricasse Iustinianum, diuidendo istos duos titulos, ex quo ipse nòn dedignatur sequi Iurisconsultorum ordinem, imò expresè factus est, se velle ipsorum sententiam amplecti, in l. humanum, C. de legi. facit pro hoc l. diui fratres, ff. de iure patr. vbi Imperator reijcit suam sententiam, & sequitur eam quæ est Iurisconsultorum: at Iurisconsulti coniunctim tractarunt hos duos titulos, ergo malè videtur posuisse has duas Rubricas.

Ad hanc dubitationem respondet Port. hic, & ante eum Faber, & cęteri, ideo hoc in libro titulorum diuisionem factam esse gratia iuuenum, nam liber iste inscriptus est iuuenibus, et tironibus, vnde leui ac simplici via procedere debet vt Ipse dixit in §. his igitur, supra, de iust. & iure, libri verò ffforum ipsis prouectis compilati sunt, vnde arguo sic: In libris Institutionum leuiori modo & faciliori procedere debemus, sed facilior modus ést diuisionis quam coniunctionis, ergo bene Imperator fecit,
29 procedendo disiunctiuè. Quod autem facilior sit modus diuisionis, probatur per l. 1. ff. de doli mali & met. except. vbi dicitur, quo dilucidius intelligi possit hæc exceptio, videamus, quare sit posita, deinde quemadmodum dolo fiat. Diuisio enim facit rem melius intelligi, prout est text. supra in proęm. & in §. sed non vsque, vbi glos. infra, de legat. animum enim legentis incitat, mentem intelligentis pręparat, & memoriam artificiosè reformat. Dixit Bonus à Curtili, in tract. de nobil. par. 2. numer. 7. Petr. Antibol. in tractatu de muner. §. redeo ad primum, par. 1. num. 1. Hac igitur ratione diuisit illos titulos. Nec obstat quod dicebat Baner. Iustinianũ pollicitum esse sequi Iurisconsultorum ordinem: nam respond. quod Imperator facit, quando non militat diuersa ratio quemadmodum militat hic. Hanc rationem Portij sequuti sunt hic Moder. Patauini, & post eos Nouissimi Cremonéses, in pag. 50. qui confirmant hanc rationé per glos. in Rubr. ff. de leg. 1. dum quærit, cur diuisus sit ille tractatus legatorum in tres titulos, vt facilior tractatus haberetur; ita etiam firmant Doctores in Rubr. ff. soluto matrim. dum quęrunt, cur separatus sit ille titulus sol. matr. à ff. veteri, in quo tractatur in fine materia dotium.

Sed

Sed hæc responsio eidem Portio & communiter Doctoribus (exceptis quibusdam) displicuit, & ab omnibus damnatur hoc medio; vbi est eadem ratio, ibi & idem ius esse debet, l.illud, ff.ad leg. Aquil.glos.in l.iuris gentium, ff.de pact.§.pari ratione, infra, de milit. testam. sed in Codice militat eadem ratio quæ in libris fforum cum Codex prouectis sit compilatus, §.& φ tam in primis, in proœm.ffor ũ, ergo & in eo Imperator debebat coniunctim hos duos titulos tractare: at disiũctim tractauit, ergo prædicta responsio nõ est admittenda.

Secũdo augetur Imperator in titulo de seruitut, rust. & vrban. prædior. tractauit has duas seruitutes coniunctim, & tamen illa materia debuisset diuisim tractari, hac ratione, addito, quod illa est materia difficillima; & hinc est, quod Iurisconsulti in libris Pandectarum diuisim tractarunt. Arguamus igitur hoc pacto; si de quo minus videtur inesse, & inest, ergo & de quo magis, l. non debet, ff.de reg. iur. at Iurisconsulti in ff. diuisim tractarunt materiam illam, de qua minus videbatur faciendum, cum prouectis sint illi libri compilati, ergo tanto magis tractare debuerat Imperator diuisim illam materiam seruitutum, cum Institutiones tironibus, & iuuenibus sint compilatæ.

Confirmatur & tertio, quia multi sunt tituli qui in ff. sunt separati, in hoc autem libro sunt coniunctim sub vnico tantũ titulo: exemplum est in Rub. de leg. q̃ hic est vnica, in ff. tamen tres reperiuntur Item, in Rubr. de vsucap. in Rubr. de donat. de action.publ.iudic.de interdictis, quibus mod.toll. obligatio quib. mod. re contr. obligatio, in quibus omnib. prædictis tit. nullus est fere §. q in libris Pãdectarum proprium non habeat titulum. Hanc igitur respõsionem primã Portij nos ẽt improbamus,

Moder. tamen Patauini hoc in loco tenuerunt; hanc Portij responsionem bonam esse, & non obstant secundũ eos argumẽta in contrariũ deducta.

Primo, dum dicebatur, vbi est eadem ratio, ibi & idem ius statuitur: sed hæc ratio militat etiam in Codice, qui prouectis est inscriptus, ergo coniunctim debebat tractare sicuti in ff. nã respondent ipsi, quod in Codice etiam factum est hoc ratione facilitatis, nam in tractanda doctrina, semper debet facilior modus obseruari, cuicunq; scribatur libri, quod nõ eget probatione. Et si tu dicas, quare istud non est factũ in digestis? Respondent, aduertẽdum esse, quia Cõpilatio Codicis & Institutionum fuit posterior Compilatione fforum, vndè cum facilè sit inuentis addere, compilatores præcedente tempore perspicaciores facti in Codice & Institutionibus vsi sunt diuisione, quamuis ea vsi non fuerint in ff. quãto .n. iuniores, tãto perspicaciores facti sumus, glos. & DD.in l. Gallus, ff.de liber. & posth.

Sed defendo commune dictum DD. quod s.responsio non sit bona, replico ex mente quorundam Nouissimorũ, quorũ scripta circunferuntur, quod responsio esset vera, quando Compilatio fforum fuisset facta ab alijs personis, & ab alijs Compilatio Codicis & Institutionum: sed cum fuerint ab eisdem personis factæ d.compilationes fforum, Codicis, & Institutionũ, cur diuersum spiritũ habuerunt in ff. et diuersum in Codice et Institutionibus,

30 Cõfirmo ego: quia nullus præsumitur se ipsum impugnare, l.3.ff.de milit.testam.sed si ista responsio esset vera, quod perspicaciores facti essent, tunc Compilatores & I.C. seipsos impugnarent, ergo.

Sed animaduertatis, quod prædicta replicatio illorũ non est bona, nõ enim verum est, quod non possit ratio assignari cur diuersum spiritum habuerint compilatores in ff. & in Codice, & in Institutionibus, imò assignatur, prout est longitudo tẽporis, qua melius perceperunt veritatẽ, multitudine, & reiteratione considerationis. Nec obstat quod viderentur sibiipsi contrarij: quia illud non est verũ, quando de malo in bonũ, vel de bono in melius fit mutatio; nam tunc contrarietas admittitur, imò non dicitur contrarietas; ita in terminis Bald. in l. de tutela, C.de in integr. restit. quem sequitur Gomes.in §.2.J.de act.nu. 2. dixit Andr. Barbat. in c. nisi specialis, col. 14. de offic. delega. Anton. de Butr.in cap. cum venerabilis, extra, de exception.

Ideo vos subtilius intuẽtes, repliceretis alio modo, s. quod si respõsio Patauinorũ esset vera, tunc I.C. in ff. fuissent defectiui. Et si tu diceres, hoc fuit vitium Compilatorũ, & non Iurisconsultorum: Respondeo, hoc admisso, sequeretur Cõpilatores esse defectiuos: at hoc non est dicendum, quia esset inconueniens admittere defectum in Cõpilatoribus, cum & ipsi approbati fuerint à Iustiniano, vt patet in proœm.fforum, & Institutionum, turpe enim est accusare Cõpilatores, ergo sequitur quod responsio ipsorum Modernorum Patauinorum corruat.

Secundo non obstat dicebant ipsi, dum ẽ.contra rationẽ Port.argumentabantur, si de quo minus videtur inesse, & inest, ergo & de quo magis, at I.C. in ff.diuiserunt materiã seruitutum, quod minus videbatur. Dicendum, cum illi libris prouectis inscribantur, ergo multo magis Imperator facere debebat, si illa fuisset ratio: nam respondent Patauini, φ Imperator in Institutionibus illam materiam compendiosè & summariè pertractat, & ideo ratione breuitatis coniunxit illos titulos, in libris fforum cum altissimè seruitutum materia tractaretur vsus est titulorum distinctione.

Replico ad hanc secundam respõsionem, quod benè poterat Imperator summatim et compendiosè procedere, & tamen constituere duas Rub. breuiori modo pertractando vnãquãque, aliter quam fuerit factũ in ff. & sic inseruisset vtrique rationi, φ cum non fecerit, apparet, quod non ea ratione fecit vnum tractatũ tãtũ, vt summariè procedere vellet.

Tertio & vltimo, non obstat inquiunt præfati Patauini, dum dicebatur, φ multi tituli qui in hoc libro cõiũcti sunt, in ff. sunt separati, vt est in Rub. de legat.de donat.de action.& de alijs: nam respondent ipsi, φ in ff. tractatur amplior & diffusior materia, quam in libris Institutionum, et ordine etiam magis cõfuso, cum ibi sub tractatu legatorum contineatur etiam tractatus fideicommissorum, quod non est factum in Institutionibus, vbi Imperator in §.sed ne in primis, dicit se velle disiungere legata à fideicommissis, clarioris intelligentiæ causa; & hoc modo defendebant ipsi viri satis coloratè primam rationem Portij.

Sed nec etiã tertia respõsio est admittenda; nam

non debebat Imperator propter hoc facere vnam Rubricam, confundendo, & onerando animũ studiosi multitudine, ac rerũ varietate, contra id quod ipse dixit in §.his igitur, ꝟ. de iust. & iure, sed debebat gratia facilioris intelligẽtiæ diuidere tractatus, iuxta l.primam, ff.de doli mali & met.except. & si strictior erat materia, vel strictiori modo eam tractare volebat, benè hoc poterat facere constituendo diuersos titulos, sæpè enim videmus, quod Imperator breuiori modo procedit in duobus alijs titulis, quàm faciunt Iurisconſ.in vno, vt patet in tit. C.de legat.& fideic.& facta comparatione ad titulum de legatis & fideicom.in ff. facit ibi Imperator duos titulos, & tamen breuiori modo procedit in illis duobus, quam faciant Iurisconſ. in illo vno. Videtis igitur, quod responsio prima Port. à Modernis Patauinis approbata, non satis procedit.

31 Imola igitur perpendens fortasse has difficultates, in casu simili respondebat alio modo, in Rubr. ff. de appellat.num. 2.quærit enim ibi, cur Imperator in Codice illos duos titulos distinxerit, videlicet, de appellat. & de relationib. cum Iurisconsulti in fforum libris vnicum fecerint titulum.

Respondet ipse sub dubio, quod fortè possumus dicere, ꝙ hoc fecerit Imperator ex eo, quod volebat plus tractare de illa materia, quàm fecerint Iurisconsulti. Vndè, ne tractatus vel titulus esset nimis longus, separauit titulos ad inuicem, Iurisconsulti verò cum non tam prolixè loqui de illa voluerint, non habuerunt necesse diuisionem ita exquirere.

Coloratur prædicta ratio per ea quæ dixit gl. in Rubr. de legat. 1. vbi quęrens, cur I.C. dixissent de leg. 1. 2. & 3. & sic fecissent illam triplicem diuisionem, respondet, hoc factũ esse propter prolixitatẽ euitãdam, ne titulus nimis magnus euaderet: quod dictũ videtur amplecti Bart. & DD. quęrentes, cur titulus soluto matrim. non sit positus in ff. veteri, cui melius cõuenire videbatur. Respondet factum hoc esse, ne liber ff. veteris nimis magnus fieret. Dicamus igitur, quod in proposito nostro Imperator ideo distinxerit titulũ de Testam.à tit.quib.non est permiss.fac.testam. & non Iurisconſ.in ff. quia Imperator volebat plus tractare de illa materia, quàm fecerint Iurisconsulti in ff. vnde, ne titulus magnus euaderet, illos duos distinxit titulos.

Hæc ratio nullo modo mihi satisfacit, nec etiam probabilis videtur, licèt aliqui dixerint ꝙ sic: & reprobatur testimonio ipsius Imper. qui in Cod. distinxit tit. de legat.à tit.de fideicom. quod nõ fecerunt Iurisc. in ff. & tamen non possumus dicere, ꝙ Imperator velles latius tractare materiam illam, q̃ Iurisconsulti, vt apparet ex inspectione & comparatione titulorũ ad inuicem; & hoc etiam modo impugnat Baner. hãc rationẽ, & benè iudicio meo.

32 Remanet itaq; adhuc insoluta qnęstio Portij superius excitata. Vndè, ipse Port. quẽ sequitur Bell. hic, conatus est aliam suo marte tradere rationẽ: & inquit, ꝙ hæc inuestigatio pertinet ad ius positiuũ, quia nulla necessitate premebatur Iustinianus ad coniungendos vel separandos duos hosce titulos: vnde, cur hanc fecerit diuisionẽ, nulla concludens ratio reddi potest. glos. in l. 1. §. pueritiam, in verbo, ratus, ff. de postul. sed sufficit pro ratione voluntas, hoc enim pendet à mero legislatoris arbitrio, sicuti etiam nomina propria, de quibus pertinacibus relinquenda est disputatio, vt inquit glo. allegata hic per Port. in d. Rubr. sol. matr. in gl. magna, similis est text. cum glos. in l. 2. verſ. minimum, C. de non num. pec. titulus ergo qui testam. fac. poss. à titulo de testamẽtis, est diuisus, quia sic visum est his, qui leges compilarunt, & per consequens, istud nõ esse factum aliqua speciali ratione, sed quia tot capita, tot sententiæ, vt per Bart. in Rubr. C. de testam. milit. & glos. in cap. nec nouum, 8. q. 1. cum simılib. Et hanc Portij rationem sequuntur hic communiter DD. quam ego libentissimè amplector.

Contra quam rationem nouissimi Cremonenses hic, pag. 10. i. Piceuardus, insurgunt, asserentes hanc sibi durã videri; quia dicere, hoc est iuris positiui, est refugiũ miserorum: sicut etiã allegare specialitatẽ, & non allegare rationẽ specialitatis, glo. in l. filium quem habentem, C. fam. ercisc. tradit Iaſ. in Auth. quas actiones, nu. 8. C. de sacrosſ. eccl. Confirmatur alio simili illius qui dicit, ꝙ ab aliqua sententia non potest appellari, & non allegat rationem: cum sit Regula in contrarium, de qua per Dec. in consſ. 28. par. 1. & gl. in l. qui restituere, ff. de rei vẽd. Soci. sen. in consſ. 39. nu. 1. vol. 4. sicuti etiã euenit in adducente limitationẽ, & tamen non allegat limitationis rationem. Salic. in l. vnica, C. de rap. virg.

Confirmatur hoc: nam non est censendum hos titulos absq; ratione esse separatos, cum ne syllaba quidẽ posita sit in corpore Iuris sine causa, et absq; virtute aliqua operandi, Iaſ. in l. 2. §. quibus, prima const. Cod. ergo hæc ratio non est admittenda, sicuti aliæ prædictæ.

Ego autẽ defendendo hanc Portij rationem, & cõmunem, respondeo ad difficultates Modernorũ Cremonensium, ꝙ sibi locum vendicant adducta per eos in materia iuris naturalis, vel alterius iuris, quod merè nõ dependeat à voluntate viuis tantũ, nam cũ efficaces possint reddi rationes, tunc refugium est miserorũ allegare speciale absque ratione specialitatis; sed quando nos sumus in his quę pendent à voluntate, sicuti sunt ea quę iuris positiui dicuntur, dico, ꝙ non est refugium miserorum afferere aliquid esse iuris positiui, cum in illis nõ possit reddi concludens ratio, sed sufficit pro ratione voluntas, vt dicit glos. in verbo, quia lex, supra, quib. ex cauſ. man. licet vel non, in princ. & in §. furtiuæ quoque res, in verbo, nam furtiuatũ, ꝟ. de vsucap.

Non obstat etiã ꝙ in iure nihil sit positũ sine misterio, & virtute operandi, quia id quidẽ fateor, sed tñ procedit in his, in quibus potest ratio assignari; & ita loquuntur iura ꝟ. citata, at hic secùs est, ergo.

Concludo ergo ideo Imperatorem diuisisse hos duos titulos, quia ei sic placuit, non autẽ aliqua ratione speciali; & hęc quo ad primam Port. q̃ōnem.

33 Secunda erat quæstio Portij, quare Imperator seruauerit diuersum ordinẽ hic, quàm in Codice, eñ prius dixerit hic de testamẽtis, deinde de personis testantiũ: in Cod. verò prius de personis, & post modũ de testamẽtis præfatus est, cum videretur dicendũ, eum debuisse seruare eundẽ ordinẽ hic, quẽ in Codice, at non seruauit, ergo malè rubricauit.

Quod debuisset seruare eundẽ ordinẽ, suadetur tali

tali medio: habilitas personæ semper debet actum qui geritur præcedere, Bald.in l.1.C.qui admitti, nu.8.tex.est in l.1.§.si filius, de legat.3.vbi ad hoc, vt valeat testamentum, oportet q testãtis habilitas præcedat, l.si quæramus, ff.de testam.l.quidam referunt, ff.de iure codill.vbi non prius ratio iuris habenda est quam personarum habita sit, §.fin.supra, de iure nat.gent.et ciuili, sed tit.qui testa.n.fac.poss. tractat de habilitate personarum, ergo debebat anteponi tit. de testament.

34 Confirmatur difficultas per nonnullos, quia semper est à dignioribus inchoandum, l.1. & 2.de statu hom.§. singulorum, supra, de rerum diuis. sed personæ sunt digniores rebus, l. iustissimè, ff.de ædilit.edic.cum consocijs, ergo.

Ad hanc igitur excitatam difficultatem Port. nihil respondet, existimauit enim eandem solutionem sufficere quam tradidit secundo loco ad præcedentem quæstionem; Vndè ad hanc rem diluendã, quàplures Interpretes respondere conantur & Primo respondet ad hanc rem Oterius hic, num.4.bene factum esse ab ipso Imperatore, dum prius posuit de testam. q̃ de personis testãtiũ: nam illa Reg. quæ habet, quod habilitas personæ debet præcedere actũ qui geritur, procedit in vno & eodẽ actu, & in eodẽ tit. qñ tractandũ esset de reb. simul, & de personis, & tũc prius vidẽdũ esset de personis, & ita procedat d. reg. vt probatur in §.fin.ĩ. de iure natur. & ita loquitur tex. in l.quidã referũt, & in l.si queramus, sed in casu nostro non erat aliqua quæst. circa testamenta & personas testãtium, sed simpliciter Imperator considerat ipsum testamentum, quantũ pertinet ad acquisitionem, ergo,

Sed hæc Responsio non satisfacit; quia imò indistinctè est dicendũ, quod vbi regulariter in vna & eadem materia eadẽ mentio personarum & terum, semper debeat præponi sermo de personis, per Regulam q à dignioribus semp est inchoãdum.

Secundo dicatis, quod non satisfacit; quia non probatur distinctio in iure per ipsum tradita, ergo.

Tertio, dato quod esset vera illa distinctio, tunc malè dicit, dũ vult, qd hic ab Imperatore nõ quæratur de habilitate psonarũ, sed simpliciter de testamento, q est falsum, per tit. quib. non est permiss. fac. testam. & ex eo etiam, quia si Imperator considerat testamentũ, considerat ipsum quatenus procedit ad hominũ vtilitatem, vt cognoscamus quomodo debeamus relinquere nostra hæredibus, & quomodo voluntas exitum habeat.

35 Secũdo igitur respõdebãt nõnulli alij, videlicèt, quod ratio de hoc est in prõptu, quia in his quę coniunctim fiunt, non est dare prius nec posterius, vt notat Bart.in l.2.§.si prius, nu.47.ff.de vulg.& pupill.dixit Port. in Rubr.ĩ.de oblig.est text.in l.quidã testamento, ff.de pecul.leg. & vbi non datur, ordo, ibi non est quærendus. Bart.in l.si duas, nu.2. ff.de excusat. sed Imperator non potest argui de ordine, cum coniunctim posuerit illos duos tit. nullo s. alio intermedio, ergo.

Respondeo, quod hæc responsio non videtur bona: nã tunc verũ est nõ curari de ordine verborum & scripturæ, si apparet de mente disponentis, & quãdo est eadẽ scriptura, vt in simili dicit Cagnol. in proœm. ffor nu.47. sed hic non constat de mente Iustiniani, & non etiam est eadem scriptura, cum isti tit. sint separati intercedentibus ẽt alijs, ergo.

36 Tertio respõdet Ozerius hic, nu.5.dicens, quod illa Regula q̃ habet, q habilitas psonæ dẽt præcedere, hẽt locũ in actu perfecto, nõ aũt in actu deducẽdo in esse, vndè, si testamẽtũ esset perfectũ, & oriret quæstio super eo, tunc benè verũ est, quod prius deberemus quærere de habilitate personæ q̃ de virib. testamenti, sed si testamentũ non est perfectũ, non oportet q habilitas præcedat: at hic agitur de testamento in esse deducẽdo, & ordinãdo, ergo nõ requiritur habilitatem personarum præcedere debuisse.

Sed nec etiã secũda Ozerij respõsio est admittenda, primo, per ĩ. dicta, quod s. Regula illa sibi locũ vẽdicat indistinctè. secũdò, qa vbi non est habilitas faciendi aliquid, nunquã aliud ab alio põt incipi, quia illa esset frustratoria, & lex nõ admittit actus frustratorios, l.qui sic, vbi notat. ff. de solut. si ergo ibi non potest considerari habilitas personarum respectu testamenti, ergo nec etiam testamentum erit in consideratione, quod tamen est falsum.

Quarto respondẽt Moderni Patauini hic, quod Compilatio Codicis vltima, est posterior Compilatione Institutionũ, l. meminimus, C.de leg. hæred. vbi Imperator facit mentionẽ Institutionũ cõpositarum, vt est text.in l. 2.C.de emend. Cod. Iust. vnde in d. Cõpilatione Cõpilatores meliorẽ ordinẽ seruarunt, tpe facti pronectiores, & magis eruditi.

Replico, quod nec ista ratio est admittenda, cum præsupponat defectum in Imperatore, vt supra in præcedenti quæsito, ergo.

Item, quia Compilatio totius corporis Iuris Ciuilis ab eisdem Compilatoribus est facta, vnde neque p videre, quare non animaduerterint Compilatores in Cõpilatione Institutionũ, prout in cõpilatione Codicis et fforũ cur diuersũ spiritũ habuerũt.

37 Quinta fuit ratio eorundẽ Patauinorum, videlicèt, quod in quocunque tractatu semper à facilioribus est inchoãdum, §.his igitur, de iust. & iure, vbi pollicetur iuuentibus in his quattuor libris, primo leuiora tradere, deinde difficiliora, vndè, si sumus in tractatu testamentorum, primo loco firmãdum est quid sit testamẽtum, quomodo fiat, deinde quæ personę testamentum facere vel nõ facere possint, si enim quæramus, an pupillus possit testari, prius illis qui testamenti nullam haberent cognitionem, oporteret declarare quid est, & quomodo fiat testamentum, vt hoc pacto fecit Imperator ĩ. de tutelis, prius.n. dixit de tutelis, deinde de tutoribus, ita fecit etiam in casu nostro, vt facilior esset transitus in habentibus simbolum, l. hac consultissima, §.ex imperfecto, C.de testam. §. sed hodie, ĩ. de adoptio.

Admitto enim inquit ipse, quod si de personis & de rebus simpliciter esset agendum, quod prius de personis esset tractandũ, d. §.fin. ĩ. de iure natur, item, si ageremus de validitate testamenti iam confecti, tunc esset prius de personis videndũ, vt in d.l. si quæramus, quod non sic est in casu nostro; Et hanc rationem sequutus est Picernardus hic, pagina decima.

Sed hęc rõ non est cõcludens, & habet in se difficultatem: quia vr præsupponere, quod difficilior

ſu illa materia tituli, qui teſtam.fac.poſſ.quàm uoſtra: ſed hoceſt falſum, cum non poſſit aſſignari ratio diuerſitatis, cur illa ſit difficilior, imò, retorquendo, illa videtur facilior, cum facilius ſit cognoſcere perſonas teſtabiles, quàm teſtamenti ſubſtantiam.

38 Sexta fuit ratio Viglij in Rubr.quib.non eſt per miſſ.fac.teſta.nu.2.dicens,ꝙ optimè fecit Imperator, ponere prius titulum noſtrũ, deinde quib. non eſt permiſ.fac.teſtam. & ſi aliter feciſſet, malè quidem feciſſet; Probatur: nam in quocumque actu, in quacumque re, ſemper præſupponere debemus habilitaté illius rei de qua quærimus, vel agimus, vt inquit Ripa, in l.inſulam, nu.1.ff.de verb.oblig. Cagnol.in l.vinum, nu.2.ff.ſi cert.pet. ſed Regula eſt, vnumquemque poſſe teſtari, ita enim apparet in Rubr.quibus non eſt permiſſ.fac.teſta. l.1. ff.de teſtam. modò, ſtante hac Regula, Iuſtinianus rectè fecit, qui cum de teſtamentis eſſet acturus, de perſonis tacuit, ſupponens, vnumquemq; poſſe teſtari ſecundum Regulam. & ſic dum poſuit de teſtamentis, pręſupponit habilitatem perſonarum in teſtando, ergo rectè poſuit hunc titulum.

Nec obſtat ſi obijciatur, ergo ſi pręſupponit perſonarum habilitatem pręceſſiſſe, dum poſuit hunc titulum, ſequetur, quod & alter titulus, quib.non eſt permiſſ.fac.teſt. erit ſuperfluus.

Nam reſpondeo, quod ex quo pręſupponit omnes poſſe teſtari, quibus non eſt prohibitũ, & per conſequens tractetur de teſtamentis, & de eorum ordine, vt fiant ſecundum iuris Regulas, poſtmodum in tit. quib. non eſt permiſſ.fac.teſtam. ponit exceptiones & fallentias ad Regulam illam, exprimendo, quæ perſonæ non poſſint teſtari, & ita hæc ratio videtur ſatis colorata.

Mihi tamé aliqua orta eſt difficultas: nam ſi eſſet verum, quod quando Imperator poſuit hũc tit. præſupponeret regulam, vnumquemque ſ.poſſe teſtari, & ſic habilitaté perſonarum, & deinde in tit. quib.non eſt permiſſ.fac.teſt. ponerentur exceptiones ad Regulam illam, ſequetur, quod in Codice prius ponerentur fallentiæ ad Regulã, quam Regula ipſa, quod ſanè eſt inconueniens, in Codice enim prius ponit, qui teſtam.fac.poſſ. vel quib.non eſt permiſſ.fac.teſt. deinde ponit tit. de teſtamentis, ergo dicendum eſt, quod quando Imperator rubricauit, non præſuppoſuit illã Regulam. Item, & ſecundo, ſi hoc erat clarum, ꝙ Imperator pręſupponeret perſonarum habilitatem, cur fecit titulum ſpecialem in Codice, ſ.de teſtamentis, cum rei claræ fruſtra adijciatur demonſtratio, l.1. in princ. ff.de in integ.reſtit. l.1.ff.de dote pręleg.

39 Septima ſequitur huiuſce quęſt.ratio quorundã Nouiſſimorum, quorũ ſcripta circũferuntur, dicentium, ꝙ hic prius dictũ eſt de teſtamentis, quàm de perſonis teſtantiũ, quia ſumus in tractatu rerum, arg.tex.in l.1.C.de offi.vicar. vbi dicitur, ꝙ licèt in cauſis differentib. Vicarius Præfecti debeat anteponi Vicario, ſeu Comiti Magiſtri militum, tamen in negocijs militaribus præfertur Magiſter militũ, cum ſit in ſua ſede, ſic etiam in caſu noſtro.

Sed nec iſta Nouiſſimorũ ratio concludens eſt, Primo, ſecundum hanc rationé concludi videtur, quod nullo loco debuiſſet tractare materiã, qui teſtam.fac.poſſunt, cum non ſit titulus ille ſub tractatione rerum, & ſub acquiſitione rerum titulo vniuerſali, de qua acquiſitione per vniuerſitatem Imperator tractare conſtituit, d.§.fin.ĩ.per quas perſ. nob.acqui. ſed hoc non eſt iudicio meo dicendum, cum ſit falſum, ergo.

Nec obſtat ſi tu diceres, pertractat de illa incidéter, vndè non habetur illa materia perſonarum in conſideratione: nam reſpondeo, quod hac ratione poterat etiam anteponere titulũ, qui teſt. fac. poſſ. vt ſatisfieret illi Regulæ, quod perſonarum habilitas eſt præferenda: nam ſi ſecundum te non conſideratur hoc, perinde eſſet, ac ſi non eſſet appoſitus titulus ille, & ſic ſtatim fuiſſet ſubſequutus titulus de teſtamentis.

Secundo ex alio dubia videtur: quia quãdocumque tractatur de aliquo pertinenti ad aliquã rem, perinde eſt ac ſi de illa tractemus, arg. Rubr.ĩ.de oblig.quæ conſen.cõtrah. quę cum oriantur ex contractib. conſenſu peractis, perinde eſt, ac ſi de illis tractemus, ſed habilitas perſonę pertinet ad habilitaté teſtaméti, d.l.ſi quęramus, ergo erat pferenda.

40 Nec obſtat ꝙ vnuſquiſq; in domo ſua, & in ſua ſede ſit pręferendus, d.l.1.C.de off.vic. nam reſpondeo, ꝙ in caſu noſtro non poteſt ſumi arguméntum ab homine ad res inanimatas. Præterea, Vicarius ille ſeu Magiſter militum præfertur, quia eius Iuriſdictio non pendet ab alio Vicario Præfecti, & ideo in domo ſua eſt præferendus: at hic teſtamentum non poteſt conſiderari, quin etiam non conſiderentur perſonæ teſtantium, vndè, cum hæc videantur inter ſe connexa, ſemper perſonæ ratione dignitatis erunt præferendæ.

41 Octaua fuit ratio Alex. Picenardi hic, pag.10. dicentis, ꝙ etſi Imperator prius tractauerit de teſtam. quàm de perſonis teſtantium, benè fecit: quia Regula illa, quod digniora ſint præferenda, quandoq; ceſſat, aliquando enim digniora poſtponuntur, vt videmus in hæredũ inſtitutione, quę quamuis ſit caput teſtamenti, & per conſequés dignior, l.cum in diuerſis, ff.de religioſ.& ſumpt.fun. gloſ. in §.religioſum, in verbo, mortuum, ĩ.de rerum diuiſio. tamen prius ponuntur legata, & alia, & demum vltimo loco ponitur hæredis inſtitutio.

Reſpondeo, ꝙ ſemper digniora debent pręcedere, nec obſt. ſimile de inſtitutione hęredis: nam non eſt bonum ſimile, ibi enim ſumus in vno & eodem actu, in vna & eadem ſcriptura, quę vnico momento téporis debet explicari, nullo actu extraneo interueniente, vt inquit tex.in prin.tit.noſtri, in fine, ideo non attenditur quod inſtitutio hæredis vel ante vel poſt ſequatur, cum in his quæ coniunctim fiunt, non ſit dare prius nec poſterius, l.quidã, ff.de pec.leg. at hic ſumus in actu diuerſo in duob.titulis ſeparatis, ergo illud ſimile non eſt admittendum.

42 Nona itaque ſuccedit ratio Bell.hic, nu.2. quam ſequuntur Tobias hic, nu.27.& alij, ita, ꝙ communis videtur reſolutio, quam ego quoq; amplector, hancque tenuit Ioan.de Anan.in Rubr.de teſtam. lib.3.Decret.num.2. eandem tenuit Barbat.ibi, ſub nu.3. dum quęrunt, quare dictum ſit prius de contractibus, quàm de vltimis voluntatibus. Dicamus

igitur,

igitur, quod iuris nostri Ordinatores & Compilatores, in his rebus non videntur esse sequuti certam legem, sed vnumquodq; posuisse, vel prius, vel posterius, secundum quod ad manus venit, adeo quod hæc inquisitio sit iuris positiui, & in titulis, & tractatibus subordinandis, non attenditur ordo, sed id qđ Cópilatorib. magis placuerit, hoc prius de vno ibi, prius de altero alibi, vt videmus fuisse factum in hac materia in libris Codicis & Institutionum.

43 Confirmatur hæc responsio ex l. s. ff. de except. doli mali, vbi non seruatur ordo, sed personæ ponuntur in vltimo loco, facit pro hoc tex. in l. cú hi, §. vult igitur, ff. de transact. vbi prius tractat de causa trásactionis, secúdo de modo, tertio de personis, apparet ergo, quod in subordinandis titulis non semper habetur ratio personarum: quod confirmatur etiam in terminis nostris, per Rub. ff. de testam. vbi dicitur prius de testamentis, & postea de personis, §. earum qui testam. fac. poss. & sic apparet, quod confunditur ordo. Nec obst. text. in d. l. si quæramus, ff. de testam. vbi prius est habéda ratio personarum testantium, nunquid habuerint facultatem testandi, & postea de ordine testamentorum loquitur; Nam respondetur, quod ibi testamentum consideratur vt perfectum, & tunc si circa illud oriatur quæstio, prius inspiciendum est de persona testatoris, an habuerit testandi licentiam, an secundum regulas iuris esset testatus, cum id quod est
44 primum in esse causę, debeat etiam esse primú in euentilatione, vt ibi tradit Bald. in d. l. si quæramus, secùs autem in casu nostro, cum non quæramus de facto testamento an ualidum sit, sed de tractatu testamentorum subordinando, & sic apparet, text. illum loqui in diuersis terminis, prout etiam respondet ad hunc text. Tobias d. num. 27. Et hęc in effectu est solidissima ratio cui non potest aliquid respoonderi.

Et si cui vestrum hæc ratio non satisfaciat, dicatis vltra DD. quod fortasse ratio est quam nunc excogitauimus, quod prius dixit Iustinianus de testamentis, & postea de personis testantium, quia in Codice voluit seruare Regulam quæ habet à dignioribus esse inchoandum, & propterea præmisit de personis testantium, quod fecisset etiam Imperator si materia præcedens esset passa, cum & ipse sciret, quod habilitas personæ semper præferri debeat: at quoniam materia hoc nó patiebatur, ideo proposuit de testamétorum ordinatione: nam cum in tit. supra prox. Imperator perfecisset omninò tractare modos acquirendi de iure ciuili tit. particulari, proponit ibi tractare modos vniuersales inter quos est testamentum, meritò & accomodatè posuit titulum de testament. quod si non fecisset, sed apposuisset Rubr. qui testam. fac. poss. iam in primo limine errasset Imperator, quia sub illa Rub. qui testam. face. poss. non ponitur aliquis modus per quem dominia rerum acquirantur tit. vniuersali, ideo expostulante materia ita dicere coactus fuit Imperator, & hæc erit decima & vltima ratio.

45 Sed Domini hæc ratio non videtur esse necessariò concludens, & contra hanc videntur obstare ea quæ deduximus contra septimam rationem Nouissimorum: ideo cum non possit reddi ratio necessariò concludens, prout loquit text. l. non hoc C. vnde cognati, impossibile enim est scire, qua ratione motus fuerit Imperator, arg. l. nó omnium, ff. de legib. ideo non recedatis à ratione communi, quæ est verissima, quod s. hęc quæstio est iuris positiui, in quo sufficit pro ratione voluntas, & in quo non sequútur cópilatores certú ordiné vel certam legé; Et ex his sit explicata secúda quęstio Portij.

Tertia succedit quęstio, quæ originariè fuit Bell.
45 hic, nu. 3. quare Rubr. nostra de Testam. Ordinand. præcedat Rubr. de milit. testam. cum in Codice videamus contrarium esse factum. Et hac in re tam dubia, possumus dicere, prout dixit Fulgos. in Rubr. ff. si cert. pet. qui cum esset interrogatus cur Rubr. illa de rebus cred. si cert. pet. & de certi condict. allegetur à media sui parte, respondit, soluat Apollo. Tamen vt aliqua in parte ingenia vestra altius speculando attollamus, nonnullas rationes huius rei inuestigabimus.

Prima igitur fuit resolutio glos. in Rubr. de milit. testam. quam sequitur ibi Bart. quod ideo in Codice fuit præpositus tit. de militari testam. propter maiorem dignitatem, quia testamentum militare est dignius testamento paganico.

Hæc ratio licet tolerari posset quo ad ordinem ipsius Codicis, quod idcirco fuerit præpositus titulus de testam. milit. quia testamentum militare est dignius per tot priuilegia militum, vt per Paul. Castr. in d. Rubr. & nos ea cumulauimus octo abhinc annis, dum interprætaremur Rubr. de milit. testamento, tamen hæc ratio non tollit dubitationem, quare non ita factum sit in Institutionibus, & in ffortum libris, ergo non concludit.

46 Secunda igitur fuit ratio Bart. in d. Rubr. quod ideò in Codice prius dixit de milit. testam. quia Imperator fauet militibus, eos præponendo, quia & ipse etiam est miles, vt in l. 1. iuncta glos. ff. de milit. testam. vbi Imperator se commilitonem appellat: quæ ratio cessat in Iurisconsultis, qui non sunt milites.

Ad hanc rationem respondet Bell. hic, nu. 4. duobus modis: primo, quia etiam Iurisconsulti sunt milites, vt est text. in l. aduocati, C. de aduocat. diuers. iudic. vndè, dicebat ipse Bell. quod beneficiú quod habet miles ne conueniatur nisi in quantum facere potest, competit etiam Doctoribus, vt est glos. communiter recepta in l. miles, ff. de re iudic. Item, quemadmodum miles non potest capi pro debito, nec carcerari, vt tradit Bald. in l. 1. in fine, C. qui bon. ced. poss. ita nec Doctor, nec eius vxor, vel filij l. medicos, C. de profess. & med. lib. 10. vbi notat Bart. si, ergo I. C. sunt milites, attenta prædicta ratione, debuisset in libris Institutionum prius ponere de militari testam. & postea de paganico, fauédo militib. at nó fecit, ergo corruit ratio Bart.

46 Sed animaduertatis, quod hæc Bell. responsio, non absolutè procedit: nam Iurisconsulti sunt milites latè sumpto vocabulo, non autem strictè & propriè, sicuti accipitur in Rubr. de milit. testam. plures. n. sunt species militum, videlicet, armatę militię, Cęlestis militię, togatę militię, seu Iustitię, vt per Euerard. loco à milite arm. num. 5. sed Iurisconsulti sunt milites non armatę militiæ,

ita, quod priuilegia militibus concessa, non competunt etiam Doctoribus ratione militię, & ob hoc ptius non debuisset tractare de milit. testam.

Nec obstat quod I.C. videantur habere militum priuilegia, fateor namque id verum esse, sed non per hoc sequitur, quod eodem modo dicantur milites, sed competunt, quia specialiter in iure cautum repetitur, sed secùs est in casu nostro, in quo non inuenitur quod priuilegia testandi militibus concessa, sint etiam concessa Iurisconsultis, ergo responsio Bell. corruit.

Secundo igitur respondet Bell. ad rationē Bart. quod illa confunditur per ordinem Institutionum, quæ fuerunt editæ per Imperatorem, vt supra in proœm. §. igitur, & tamen non est seruatus iste ordo. Et hæc est vera responsio, cum non appareat ratio diuersitatis, quare magis in Codice sit præpositus titulus de milit. testamento quàm in Institutionibus.

47 Tertia fuit itaque ratio ad hoc Ias. in addit. ad Port. in Rub. ī. de milit. testamento, quam sequitur Tobias hic, nu 28. videlicet, quod Cōpilatores qñ compilarunt Codicē, potuerunt ea ratione moueri, quia cū dignius sit militare testamentum quam paganicum, voluerint illud priori loco explicare: quando verò compilarunt Institutiones, potuerunt moueri ratione illa, qua cauetur, prius ponendam esse Regulam, mox limitationes, ac illius exceptiones, iuxta notata in l. 1. ff. de orig. iur. quare, cum militare testamentum ut exceptio à regulari obseruatione testamentorum in hoc volumine consideretur, vt infra, de milit. testamēto, in princ. prius voluerunt regulares testamentorum obseruationes declarare, deinde ponere de milit. testamento, in quo obseruationes illę cessant; & hanc quoq; rationē sequutus est Picenard. hic, in pagina vndecima.

Sed hæc ratio Ias. nobis non satisfacit, quia falsum est asserere, testamentum militare esse dignius paganico: nam dicitur dignius abusiuè, propter multa priuilegia, tamen testamentum paganicum dignius est ratione inuentionis, & originis, cum sit de iure gentiū, alterū iuris ciuilis, vt ex princ. tit. de milit. testamento. Ratione formæ & solēnitatis est etiam dignius, l. eius militis, §. militia missus. ff. de milit. testamento. Item, dato, quod militare sit dignius in aliquo, non tamen sequitur, quod sit in omnibus, ita, quod hæc duo testamenta dicendum est esse inter se tanquam excedentia & excessa, sicuti videmus in actione reali, & personali, quatum vna est dignior in vno, altera in alio.

Præterea, quis reuelauit Tobię, quod Compilatores magis in Institutionibus quam in Codice uoluerint regulares testamentorum obseruationes prius ponere, & deinde exceptiones; vel, quod magis in Codice digniora tractentur, quam hic? ergo tanquam diuinatiua ratio non tenet.

48 Quarto loco, Ias. conatus est aliam tradere rationem, dicens, in Institutionibus præmissum fuisse titulum de testamentis gratia iuniorum & rudium, quorum causa compilatæ sunt, vt supra in proœm. quod secùs est in Codice, qui gratia prouectiorum est factus.

Sed hæc quoq; confunditur, per ordinē ffōrum, quia libri ffōrum nō fuerūt facti gratia iouenum, sed pro prouectis, & tamen ibi prius dixit de testamento paganico, & demum de militari.

Quinta fuit resolutio eiusdē Ias. in d. Rubr. quod in ff. Iurisconsulti procedunt tradendo doctrinam magistralem, quos deinde voluit sequi Imperator in Institutionibus, sed in Codice procedit secundum casuum occurrentiam, & hanc rationem sequitur ante Ias. Dynus, in Rubr. de milit. testam.

Quæ tamen ratio non satisfacit Bell. imò Imperator quantum attinet ad situationem Rubricarum, non habuit hunc respectum, vt magis procederet magistraliter in vno loco, quā in alio; & id quod dicitur de occurrētia casuum, procedit, quoad leges, non quo ad Rubricas, licèt quo ad leges etiam tunc non procederet, quia sequuta erat compilario; quamobrem Ias. ratio non tenet.

49 Sexta fuit resolutio, quod postpositus fuerit titulus de militari testamento, quia in hoc volumine & præsertim in hac materia acquisitionis, voluerūt Compilatores, vt antiquiora, & vetustiora pertractarentur, d. §. singulorum, supra, de rerum diuis. sed paganicum testamētum est antiquius militari, cum militare fuerit inductum à Diuis Principibus, l. 1. ff. de test. milit. ideò non est mirum, si in hoc volumine, posteriori loco explicetur; Et hæc fuit ratio Tobiæ hic, nu. 28.

Sed hæc ratio cum præcedentibus videtur diuinatiua, quis enim prædixit Tobiæ vel reuelauit, quod Compilatores magis in Institutionib. quam in Codice voluerint pertractare antiquiora & vetustiora? ergo reijcienda tanquam diuinatiua, contra text. in l. si purator, ff. ad leg. Aquil.

50 Septima fuit ratio Picenardi hic, pag. 11. quod cum ad cognitionem specierum debeat præcedere cognitio generis, l. 1. ff. si cert. pet. ubi not. DD. ideo gratia iuuenum prius tractauit de testamento in genere, & postea de eius speciebus, sicuti fecit Imperator in Codice, qui prius tractauit de probationibus in genere, & deinde posuit speciem, s. tit. de testibus, & de fide instrumentorum at in Codice prius dixit de testamento militari, quia eum pro uectis loquebatur.

Sed hæc ratio laborat eodem morbo quo & supra adductæ: quia si esset verum, in libris ffōrum, prius tractādū erat de militari, q̃ de paganico, ergo.

Octaua igitur ratio ea est, quam sequitur Bell. hic, nu. 5. & ante eum Dec. in Rubr. C. de milit. testamento, quod hæc sunt iuris positiui, de quibus ratio concludens reddi non potest, Bart. in l. humanitatis, C. de impub. & alijs substit. cum adductis superius in prima Portij quæst. Et hæc est verior resolutio, cum omnes rationes, quæ deduci possent, aut non concluderent, aut essent diuinatiuæ.

51 Et si aliqua posuit esse ratio, nos vltra DD. existimamus, hāc fuisse, quod s. Imperator necesse habuit ante tractare de testamentis, postea de milit. testamento, quia paganicum testamentum est in causa vt cognoscamus testamentum militare: patet, quomodo enim cognosceremus nos priuilegia militibus cōcessa in testādo, nisi prius cognosceremus, quæ solemnitates requirantur in testamento paganorum? cognitis enim illis, possumus deinde intelli-

intelligere, quęnam solemnitates fiunt remissæ ipsis militibus; vnde de paganico tanquã de causa necessaria ad cognoscendũ militare, prius tractauit. Quare autem in Codice demum ipse contrarium fecerit, hoc opus hic labor est, & tunc dico, quod ego iure meo functus sum, dum defendi, & rationẽ dedi, quare hic prius dixerit de vno, quàm de alio, cur postea in Codice factum sit secus, relinquã eis qui libros Codicis interpretantur: & si tandem à me rationem diuersitatis expostulatis, ego respondeo, quod in Codice Imperator voluit prius tractare iura singularia testamentorum quàm vniuersalia, & sic prius de militari testamento quod est eius singulare, & ratio potuit esse: quia iam ei cognitũ erat, ipsis iuris studiosis solemnitates communis iuris idest testamenti paganici cognitas esse, cũ prius ad libros Institutionum accedamus, quam ad libros Codicis, vt supra in proęm. ff.orum, & §. cumque hoc, & §. fina. supra, in proęm. Institutionum, ideo prius dixit de milit. testamento. Nec obstat si tu dicas, quomodo potest esse hoc, cum tempore primæ Compilationis Codicis Institutiones nondum erant compilatæ? Respondeo, quod id est verum, sed Iustinianus respexit ad id quod obseruare debebamus, & ideo in proę. tradidit nobis normã, quid in primo anno, quid in secundo & tertio esset à nobis videndum.

Hæc tamen ratio est persuasiua, non necessaria, imò etiam diuinatiua: quis enim dicet tu, tibi reuelauit, hanc Iustiniani mentem, ideo vt supra dixi, tutior & securior est ratio, de qua supra vltimo loco posita, cum aliqua concludens reddi nõ potest, & si aliqua persuasiua & diuinatiua reddi potest, existimo hanc nostram rationem statim recitatam veriorem esse.

Et hæc quo ad hanc tertiam Bell. quæstionem erant dicenda.

52 Quarta & vltima erat conclusio à nobis proposita, quare prius Imperator tractauit de hæreditate testamẽtaria, de bonorum possessione, cum in Codice factum sit cõtrarium, debebat enim Imperator eundem ordinem seruare hic, quem ibi, ne sibi contrarius videretur, cum profiteatur se nihil perperam posuisse, vt in l. 2. §. sed cum omnia, ibi, non perperam, nec sine ratione, C. de veteri iure enucl. & in §. cumque hoc Deo, supra in procem. huius libri.

Ad hanc igitur difficultatem dissoluendam, respondet Picenard. hic, pag. 7. quod ideò Imperator in Codice considerauit æquitatem, secundum quam defertur bonorum possessio, quæ quidem æquitas rigori præfertur, l. placuit, C. de iudic. hic autem considerauit antiquitatem, §. singulorum, at testamentum est antiquius, cum sit de iure ciuili, §. 1. infra eod. bonorum possessio de iure Prætorio, §. 1. de bon. poss. ergo.

Sed hæc ratio licet in se sit apparens, & colorata, tamen concludens non est: nam, ea attenta debuisset in Codice priori loco tractare de legit. hæred. commun. de success. qui omnes tituli sunt fundati in naturali æquitate, cum hæreditas sit debita de æquitate naturali ab intestato ipsis filijs, l. lege obuenire, ff. de verb. signif. l. fina. C. quorum bonorum. Præterea, si in nostro libro respexisset Imperator ad antiquiora, tunc prius tractare debebat de adiectione liberi. conseruand. causa, de acquisitione quę fit per arrogationem; qui sunt modi vniuersales acquirẽdi per vniuersitatem, sicuti bonorum possessio, d. §. fina. per quas pers. nob. acquir. & sũt antiquiores ipsius bonorum possessoris at non facit, ergo hæc ratio nouissimorum corruit. Augetur difficultas, non est enim absolotè verum, æquitatẽ præferri rigori, imò econtra, & sont tanquam excedentia, & excessa, vt ostendimus in Rubr. de vsucapion. in fine.

53 Secunda huius rei affertur ratio per eundem Picenardum hic, pag. 7. quod nõ valet argumentum de ordine Codicis ad ordinem libri Institutionum, cum diuersus sit secundum Bart. in l. 1. numer. 2. ff. de act. & oblig. nam Imperator procedit hic magistraliter, vnde ad hoc vt materiam facilius bonorum possessionis perciperent, voluit prius declarare, quæ & quid essent istæ tabulæ testamentorum, ideoque præmisit de testamentis. At in Codice hũc ordinem non seruat, sed solum materias tradidit prouectis, & satis instructis, cum Codex quinto anno legeretur ijs, qui per quinquẽnium studuerant, secus in Institutionibus, quæ primo anno legi debent, d. §. cumque hoc Deo, in fine, vbi glos. in verbo, finis, supra in proęm. & in proęm. ff.orum §. & primo quidem anno.

Sed nec etiã illius secunda ratio est amplectenda: nam ista cõfunditur per libros ff.orum qui non iunioribus inscripti sunt, sed ipsis prouectis, ac instructis in primis legũ elemẽtis, vt not. in d. proęm. ff.orum, & tamen prius tractatũ est in ff. de testam. quam de bonorum poss. nihilominus attenta Picenardi ratione, fuisset priori loco apponendus titulus de bon. poss. sicuti factũ est in Codice, quod tamen minimè seruatum est, ergo ratio prædicta vllo pacto non est admittenda.

54 Tertia fuit ratio per eundem tradita loco supra citato, vt dicamus, quod non est mirum, quod aliquando aliquid perperam apponat Imperator, humani enim iudicij hoc est proprium, sæpè falli: nam omnium habere memoriam, & penitus in nullo peccare, diuinitatis magis quam mortalitatis est, d. l. 2. §. si quid autem, C. de veteri iure enucleando, vndè potest esse, quod quando Imperator, seu Compilatores compilarunt Institutiones, non fuerint recordati ordinis seruati in Codice, vel in Digesto, quemadmodum, in terminis dixit glos. ad hoc propositum, accusans Iustinianum de contrarietate, in l. fin. C. in quibus caus. in integr. rest. non est danda.

Sed hæc tertia ratio est peior prioribus: nam accusare Imperatorem, vel Compilatores de ignorantia, grauissimum quidem est, & nullo pacto faciendum, vt supra diximus in 1. quæst. Portij, est enim Imperator lex animata in terris, Auth. de Cõsulib. in fine: dixit Zasius in l. 2. num. 87. ff. de orig. iur. vnde, non est in eo error, nec contrarietas, cum sit summa veritas, vt in proęm. supra Instit. notatur.

55 Dicatis ergo, vt supra in alijs quesitis fecimus, quod de hoc non potest reddi concludens ratio, cũ hęc sint iuris positiui, in quibus quantum Compilatoribus

latoribus placuit tantum fuit ſcriptum, fuit enim Rubricarum poſitio, ac titulorum ſituatio in mero Compilatorum arbitrio poſita. Vnde, ex his ſint explicatæ quattuor illæ quæſtiones à nobis ſupra propoſitæ, quę quidem licèt friuolę & inutiles ſint, nos tamen illas libenti animo ſilentio nō inuoluendas putauimus, tum, quia ad continuationem huius tituli facere videbātur, tum etiam, quia ex earū diſcuſſione huius libri ſeriem aperiri intelligebamus. Atque hæc dicta ſint quo ad primum Caput huius nſæ Rubricæ, cuius ſuperius memineramus.

Accedimus nunc ad ſecundum Caput huius Rubr. quod quæſtionem nominis teſtamenti reſpicere videbatur. Reliquum eſt igitur, vt de interpretatione verborum poſitorum in Rubr. agamus, ac de teſtamenti ſignificatione: concepta.n. eſt Rubr. noſtra per hæc verba. De teſtamentis ordinandis.

56 Noſſe itaque oportet, dictionem illam (de,) diuerſimodè in Iure noſtro poni, & principaliter ſumitur, & hanc habet ſignificationē, vt ſtet demonſtratiuè, & materiam ſubiectam deſignet, vt hæc veſtis eſt de lana, cultellus eſt de ferro, cap. cum cauſa, de elect. notatur in l. ſed & reprobari, ff. de excuſat. tut. Bart. in l. 1. §. prætor, de bon. author. iud. poſſid. Bald. in l. 1. §. ius naturale, & in l. ex hoc iure, ff. de iuſt. & iure. Dec. in Rubr. ff. ſi cert. pet. nu. 1. & 2. & Cagnol. in Rubr. de orig. iur. num. 19. Pauinus in tract. de offic. & poteſt. Capituli Sede vacante, in 1. præludio, num. 1. in omnibus enim Rubricis hæc dictio ſtat demonſtratiuè. Quandoque autem ſignificat cauſam proximam, & immediatam, Bart. in l. 1. §. ex incendio, ff. de incend. ruina, & naufrag. et in l. non dubium, C. de legib. Bal. in l. de pecoribus, C. ad l. Aquil. Andr. Barbat. in tract. de præſtātia Cardinalium, quæſt. 2. num. 2. & in cap. qualiter, de elect. Quandoque verò deſignat augmentum, l. 1. in princ. ff. depoſit. c. operis, 34. diſtinct. dixit Albertus de Pergamo in tract. de præpoſition. num. 23. Et quoniam innumerabiles ferè ſignificationes ſunt iſtius dictionis, quas recenſere magis laborioſum, quàm ſubtilè iudicamus, ideo reijcio vos ad ſcripta per Ioan. Pauin. in d. tract. de offic. & poteſt. Capituli, præludio primo. ſatis nobis eſt, ſignificaſſe quomodo in Rubr. noſtra accipiatur.

57 Quantum autem pertinet ad illud verbum, Teſtamentis, de quo latius ſumus locuturi, ſciendum eſt, hanc vocem, ſeu hoc nomen teſtamentum, duplicē habere ſignificationem, generalem & latam, ſpecialem & particularem, ita dixit Bell. hic, num. 6. Accipitur enim in genere & in ſpecie, argum. eorum quæ dicuntur de adoptione, vt ſupra in princ. de adopt. de cognatione, ut ſupra, de legit. agnat. tutela, exemplum eſt ſecundum Bart. in l. Imperium, ff. de iuriſd. omn. iud. de ipſa Iuriſdictione. Quod autem teſtamentum ſit genus ad alias vltimas voluntates, dixit Iaſ. in Rubr. ff. de leg. 1. num. 6. Socin. ſen. in l. nominatim, num. 14. ff. de lib. & poſth. Ioan. Campegius in conſ. 56. num. 12. lib. 1. Conſiliorum vltimarum voluntatū. Sequuti ſunt communiter Iuriſtæ, in d. Rubr. de leg. 1. dum concludunt, legatum eſſe partem ſubiectiuam teſtamenti, & Canoniſtæ in Rubr. extra, de teſtamentis.

Hanc eandem opinionem ſequuti ſunt Ripa in d. Rubr. ff. de leg. 1. num. 4. Bart. in l. 1. num. 79. C. de ſacroſ. Eccleſ. gloſ. in verbo, perſonales, l. 2. C. commun. de leg. Socin. iun. in d. Rubr. de leg. 1. nu. 12. Crot. num. 1. reliqua retulimus nos Rubr. de legatis, quo in loco demonſtrauimus non dari teſtamentum in genere in concreto. Sed tantum in abſtracto, declarando text. in l. licèt, C. de pact. Teſtamentum igitur in abſtrato ideſt in genere conſideratum, ſeu in lata ſignificatione, continet ſub ſe quamlibet vltimam voluntatem, & eſt æquale in
58 ſignificatione vltimæ voluntatis, ſicuti enim vltima voluntas tanquam genus, complectitur teſtamentum in ſpecie, legata, fideicommiſſa, codicillos, donationes cauſa mortis, necnon illa quæ ab inteſtato dicitur, l. conficiuntur, ff. de iure codicill. ita teſtam. in ſui generalitate cōpræhendet iſta omnia, ita Bell. hic numer. 7. dixit gloſ. in cap. quamquam, in fine, de vſur. lib. 6. Socin. iun. in d. Rubr. de leg. 1. num. 14. qui inquit, quod non eſt inconueniens, quod vnum & idem genus appelletur, & vltima voluntas & teſtamentum, hoc enim euenit in alijs, cum animal poſſit dici corpus viuens, ſeu corpus ſenſiuum, & cognatio, ſanguinis coniunctio, & ſic de ſingulis. Stante igitur hoc; quod teſtamentum tanquam vltima voluntas in genere acceptū, compræhendat ſuas ſpecies, videlicet, legata, codicillos fideicommiſſa, &c.

59 Dubium maximum oritur, an propriè comprehendat dictas eius ſpecies, an verò impropriè. Qua in re Socin. in Rubr. de legat. 1. fuit in ea opinione, quod teſtamentum vt genus, comprehendat omnes eius ſpecies, propriè & verè, quam deinde ſequuti ſunt Aret. ibi, Crauetta, & Mod. Bonon. ſub num. 48. & quam plurimi alij, quorum nomina omitto, & ex eorum denumeratione apparet, opinionem hanc eſſe communem, & magis communem: nam ſi nō contineret eius ſpecies propriè, tūc non eſſet genus verè.

Ad probandum ergo dari teſtamentum in genere vt propriè vti genus continens eius ſpecies, deducitur primo loco text. in l. 2. §. quintus, C. de veteri iure enucl. vbi fit inſcriptio de teſtamentis, & tamen ſub eo tractatu continentur Codicilli, ergo Codicilli reſpectu generis ſunt teſtamentum, ſicuti homo reſpectu ſui generis eſt animal.

Ego autem qui ſum inſequuturus opinionē negatiuam, ſingulis argumentis ſingulas accommodabo reſponſiones, & quantum attinet ad hoc, Reſpond. quod non valet conſequentia: hic articulus
60 ſeu tractatus appellatur de teſtamentis, ergo quælibet diſpoſitio contenta in eo, teſtamentum nuncupabitur, nam hoc non venit ex vi vocabuli, ſed per denominationem à nobiliori ac potentiori, vt in ſimili dicit Alex. in Rubr. ff. ſoluto matrim. allegans l. quæritur, ff. de ſtatu homin. nam Infortiatum dicitur continere vltimas voluntates à potentiori, ſed non ſequitur, quod quicquid ſit appoſitū in Infortiato, ſit vltima voluntas; Ita in caſu d. l. 2. cum titulus ille ſit inſcriptus de teſtamentis, licèt in eo adſint etiam Codicilli, non per hoc ſequitur, quod Codicilli dicantur teſtamentum, ſed ibi ſit denominatio à teſtamentis, & non Codicillis, cum

teſtamen-

testamentum sit nobilius & potẽtius ac antiquius, §.1.infra de Codicill.

Secundo tamen pro opinione Socini affirmatiua,deducitur text.in l.Eunnchis,C.qui testam.fac. poss.vbi dicitur, liceat Eunuchis facere testamentum, componere postremas exemplo omnium voluntates,conscribere Codicillos,salua testamentorum obseruantia, ergo ex hoc text. apparet, testamenti appellatione esse generalem, & omnes vltimarum voluntatum species continere; illa autem verba, vltimo loco apposita, salua testamentorum obseruantia, interpretantur, Idest saluis solennitatibus vltimarum voluntatum quę verba postremo loco addiecta,limitant omnia supradicta;nam referuntur ad omnia paulò ante commemorata, & sic tam ad testamentum, quàm ad postremas voluntates, & Codicillos; de quibus omnibus paulò ante facta fuerat mentio, vult enim quod Eunuchi possint omnes vltimas voluntates cõponere,dummodò seruentur solennia testamentorum, idest vltimarum voluntatum, relatio enim debet fieri ad omnia præcedentia, vt per glos.in l.si negocium, C.de negoc.gest.glos.in l.s. §.fin autem, C.de cadue.toll. dixit Dec.cons.86. col.3.vol.1.ergo si debet fieri relatio ad omnia,iam clarum est,quod dabitur testamentum in genere.

61 Respond. quod relatio non est facienda ibi ad omnia præcedentia, sed refertur tantum ad testamentũ prius positum: nam relatio fit ad ea ad quæ probabilius fieri potest, vt per Ruin. in cons.123. num.2.vol.3.Bal.in l.si idem,§.vltimo,ff.de iurisd. omn.iud.at Codicillus nullã habet obseruantiam, ergo. Item,relatio censetur fieri ad id quod principaliter est expressum, non autem ad alia, Alex.in l.sicui, §.si à filio, de leg.2. Ruin.conf.53 t. vol.2; sed ibi maior dubitatio erat in testamento, ergo ad id referri debet,non ad alia. Præterea, & tertio dico, quod tunc ad omnia commemorata fit relatio, quando ratio diuersitatis reddi non potest, cur ad omnia non debeat referri,l.sed & si per Prætorem, §.deinde, ff.ex quib. caus.maior. l.cohæredi, §.qui patrem, ff.de vulg.& pupill. l.talis scriptura, ff.de leg.1.Cæterum, si ratio reddi potest, cur ad vnum potius quàm ad aliud sit referendum, tunc non fiet indistinctè relatio ad omnia,sed ad eum casum tantum, in quo maior est ratio, cur ad eum potius referri debeat, iuxta gloss.in cap. statutum,in verbo, locis,de rescript.lib.6.glos.in cap.1.de postul.prælat. eod. lib. Bald. in l.in actionibus, in 3. notab, ff.de in lit.iur.sed maior ratio solennitatis seruandę in testamentis est,quam in Codicillis, & donationibus causa mortis, imò in solo testamento subest ratio solennitatis seruandæ, in Codicillis cessat, hi enim solennitatem non requirunt, §.fina. infra de Codicill. ergo loquendo de solennitatibus obseruandis in testamento, id referendum erit ad sola testamenta,in quibus solennitates exigũtur,vt in l.in bemus,C.de testam.& infra in prin.tit.nostri,vers. sed paulatim,ergo text.iste non vrget,

62 Tertio probatur d.opinio affirmatiua, per text. in l.conficiuntur, §.si post, ff.de iure Codicill.vbi qui facit Codicillos, dicitur testari, vt per glos.ibi, quæ inquit, quod codicilli dicuntur testamentum largo modo, & ibi notat Bart.testamentũ esse mentis contestationem, & per consequens negari non posse quin sit genus.

Respondet ibi adesse verbum quodammodo, non enim dicit simpliciter eum testari qui Codicillos facit, sed quodammodo testari, & sic impropriè,dicto enim quodammodo,improprietatem significat, glos.in l.si me in vacuam, in verbo, nec admittet,ff.de acquir.poss. Batto.in l.4.§.Cato, in secunda oppos.ff.de verb.obligat.& sic Codicilli secundum hunc sensum impropriè appellantur testamentum.

63 Secundo respondet, aliud esse testari, aliud testamentum facere, & sic licèt dicat text. eum qui Codicillos scribit, testari, non per hoc sequitur, quod testamentum faciat, neque sequitur Codicillos, & testamentum esse idem. testari enim accipitur ibi, pro disponere,& est verbum generale,& amplum, quod latius patet, accipitur enim quandoque pro protestari, l.de pupillo, §.si quis, ff.de oper. noui nunc.quandoque significat exponere, l.scire oportet,§.sciere,ff.de excusa.tutorum,vbi glos.not. Alibi testari,idest probare,interpretamur,l.capite quinto,ff.de adult. vndè, non rectè infertur, aliquis testatur,ergo testamentum facit,cum ergo lauus pateat, nõ probatur ex d.l.dari testamentũ in genere.

Deducitur quarto loco, text. in l.si quis in grani, §.si quis Codicillus, ff.ad Sillan.vbi habetur, si quis Codicillos aperuerit, testamentum verò non aperuerit,in edictum incidit:nam Codicilli ad causam pertinent testamenti, ergo dicuntur in genere testamentum, cum ita puniatur aperiens Codicillos,sicuti aperiens testamentum.

Respondetur,quod ibi non dicitur quod Codicilli dicantur testamentum,sed quod ad causam testamenti pertinent, & sic ex quadam extẽsione Codicilli pertinent ad testamentum,non autem quod sint testamentum,vndè text.ille ponderatus à Cra-

64 uetta,nil facit,aliud enim est esse testamentũ,aliud pertinere ad testamentum, l.ab intestato, ff.de iure Codicill,

Quinto confirmatur eadem opinio ex l.3. ff.de testament.tutela, vbi illi etiam tutores censentur dati in testamẽto,qui sunt dati in Codicillis,ergo vnum & idem sunt.

Respõdetur,quod denominatio fit à confirmante,non quia testamentum comprehendat Codicillos, sed quia testamentum confirmat Codicillos, argumento l.adoptio,ff.de adopt.Et in l.1.§.nostra facimus , C.de veteri iure enucl.l.& quia, ff.de iurisd.omn.iud.

65 Sexto augetur per text. nostrum in princ. vbi ait Imperator, testamentum ex eo appellatum esse, quod sit mentis testatio, & sic testamentum idem est quod testatio mentis, at testatio mentis est genus quo cõtinentur omnes vltimæ voluntates,ideò idem erit dicendum de testamento.

Respondeo, testamentum & testationem mentis non esse vnum & idem, quemadmodum multi Interpretes in Rubr. de leg.1. existimarunt, nam ibi non traditur diffinitio testamenti ab ipso Imperatore;sed ponit quoddam pronunciatum simile huic: Homo est animal,tamen nemo dixerit per

hæc

hæc verba tradi hominis definitionem, sic etiam verum est, quod testamentum est testatio mentis, tamen hæc non est definitio testamenti, vt infra dicemus, non enim conuertitur, est animal, ergo homo est, quia non valet argumentum affirmatiuè
66 à genere ad speciem illatiuè, l. inter agnatos, cum ibi notat. ff. vnde legat. Alex. in l. iuris gētium, §. sed & si fraudandi, ff. de pact. licèt valeat comprahensiuè, quia genus comprehēdit omnes suas species, l. si quid earum, §. interemptum, de leg. 3. Angel. in l. qui vsumfructum, ff. de verb. oblig. valet ergo argumentum de genere ad speciem comprehensiuè, nō illatiuè: nam nulla est species animalis quę non comprehendatur sub animalis appellatione, tamē à genere non fit illatio ad singulas species, hoc modo, est animal, ergo homo, nō valet argumentum, Bald. in cap. 1. §. 1. per quos fiat inuestitura. Ripa in l. 1. ff. si cert. petat. Dec. in l. 2. §. appellata, eod. titulo. dicemus nos infra latè in proposito, ergo valebit argumentum istud, testamentum est, igitur testatio mentis est, prout valet, si dixero, homo est, ergo animal, est; sed è contra non rectè argumentamur, testatio mentis est, ergo testamentum est; sicuti non valet, animal est, ergo homo est, patet ergo, quod testamentum & testatio mentis non sunt idem, sed differunt tanquam genus & species: nam testatio mentis est genus, testamentum est species, prout animal est genus, homo est species, licet ergo testatio mentis comprehendat omnes species vltimæ voluntatis: non idem dicemus de testamento, & sic testamentum nō continebit Codicillos tanquā genus, cum vna species alteram non cōtineat.

67 Septimo argumentantur Doctores in d. Rubr. de leg. 1. tali medio. Pro fideicommissis in Codicillo datis competit actio ex testam. glos. in l. 2. in verbo, personales, & ibi Bald. & Ias. C. commun. de legat. glos. in §. 1. in verbo relinquatur, Instit. de Codicill. ergo secundum eos Codicilli sunt testamentum, alioquin nō daretur actio ex testamēto, cū nō entis nullæ sint qualitates, l. 2. ff. de vsufr. l. manumissiones, & ibi Bald. not. ff. de iust. & iure.

Respondetur primò, quod non est expeditum, qd pro Codicillis detur actio ex testamēto. secūdò dico, non valere consequentiam, competit actio ex testamento, ergo Codicilli sunt testamentum: nam soluto matrimonio competit etiam actio pro dote, Doctores in Rubr. ff. sol. matr. vbi Socin. iun. & tamen non est matrimonium. Item videmus dari contra furem condictionem, quod genus actionis præsupponit dominiū amissum, l. vltima ff. vsufr. quemadmod. caue. glos. in §. sic itaque, infra, de act. ideo fieri etiam potest, vt actio ex testamento competat interdum nullo condito testamēto, & sic argum. non tenet.

68 Octauo deducitur text. in l. ab intestato, ff. de iure codicill. vbi Codicilli ab intestato vicem testamenti exhibent, ergo.

Respondetur, aliud est esse tale, aliud haberi pro tali, Bart. in l. si maritus, §. legis Iuliæ, ff. ad l. Iuli. Item nepos tenet locum filij, tamen non est filius, nec venit appellatione filiorum, §. fin. supra qui testam. tut. dari poss. Bart. in l. libertorum appellatione, ff. de verb. sig. ergo.

Nono facit secundum nonnullos, text. in cap. quamquam de vsur. in sexto vbi glossa, quo in loco testamentū accipitur pro oī voluntate vltima.

Respondetur, quod non ex vi verbi, sed per extentionem testamentum continet omnes vltimas voluntates: nam ea ratio vsurarum, quæ militabat in testamento in specie, militat etiam in qualibet vltima voluntate.

69 Decimo & vltimo, ego moueor vltra Doctores pro hac opin. affirmatiua, per text. à nemine Interpretum allegatum, in cap. cum esses, de testament. quem text. tripliciter induco, primo, à verbis expressis, dum in eo dicitur, quod testamenta penitus rescindantur, nisi cum subscriptione quinque vel septem testium, secundum quod humanæ leges decernunt, ergo loquitur de testamento amplectente codicillos, ergo datur in genere.

Secundo induco à generalitate verborum, dum inquit text. quod illa testamenta fiunt in vltima voluntate, ergo præsupponit quamlibet vltimam voluntatem in genere dici testamentum.

Tertio induco à maioritate rationis, dum ibi dicitur, sed cum in ore duorum vel trium stet omne verbum, testamenta, quæ Parochiani fecerint corā duobus vel tribus tātum, firma esse volumus, ergo à maioritate rationis si validum est testamentū in quo requiruntur duo vel tres testes, tanto magis dispositio in qua requiruntur septe vel quinque testes, prout est in Codicillis, & in alijs vltimis voluntatibus, ergo colligitur dari testamētum in genere.

Responsum fuit in circularibus disputationibus, quod ille text. loquitur de iure Canonico, nos verò quærimus quid iuris sit de iure ciuili.

Quæ responsio debilis est, nam licèt loquatur de iure Canonico, quid ad me: nam nos quærimus de hac voce, testamentum, an reperiatur in tam lata significatione, vt de sui natura sit aptum natum ad comprehendendā quamlibet vltimam voluntatem, & sic quærimus de nuda eius significatione, ideoq; siue loquamur de iure Canonico siue Ciuili, nihil ad nos.

Secunda fuit accommodata responsio, quod loquitur in testamentis clericorum, & de relictis Ecclesiæ, in quibus est speciale, testamentum valere cum minori numero testium.

Sed nec ista responsio iudicio meo est admittenda, cum text. ille loquatur etiam de testamentis Laicorum, dum in eo dicitur, proposuisti talem esse consuetudinem, quod testamenta rescindantur nisi cum subscriptione septē vel quinque testium fiant, secundum quod leges humanæ decernunt.

Vera ergo resolutio ad hūc text. est iudicio meo, vt dicamus, illum text. sibi locum vendicare in testamento facto ruri, in quo quinq; testes sufficiūt. Sed hæc etiam responsio videtur dubia, imò violatiua, dum ibi inquit summus Pōtifex, talem in tuo Episcopatu proposuisti consuetudinem, ergo hæc consuetudo erat in Ciuitate, non autem ruri; Nisi replicemus, quod cum dicat in Episcopatu, potest esse quod extenderetur etiam extra Ciuitatem, vt quotidiè videmus, & sentire ibi videtur glossa.

Itē dico, & hæc est melior resolutio, dato, quod non loquatur in casu speciali, tamen non per hoc conclu-

concluditur, dari testamentum in genere propriè, sed ibi probatur dari testamentum largè continens Codicillos, nos autem quęrimus, an propriè comprehendat.

70 Cum igitur hæc opinio in iure nõ subsistat, Ego cõtrariam opinionẽ veriorem esse existimo, quàm tenuerũt Doctissimi viri, inter quos Alciat. in Rub. de leg. 1. Eandem ibi tenuit Crispius Lucensis, nume. 38. Alueus, nu. 25. & tandem videtur esse communis opinio, de qua testati sunt Mod. Bouon. in d. Rubr. num. 48.

Quæ opinio probstus validissimis medijs, & Primo genus prædicatur propriè de suis speciebus, nõ autem impropriè, l. si quid earum, §. intetemptum, de leg. 3. Bald. in l. 2. C. de iure aureo. annul. at testamentum latè sumptum pro testatione mentis, impropriè dicitur testamentum, glos. in cap. quamquam, de vsur. lib. 6. Bart. in l. 1. C. de sacros. eccles. ergo testamentum non est genus.

Secundo, iure cautum reperitur, quod testamenti definitio ea sit, de qua per Iuriscons. in l. 1. ff. de testam. videlicet, quod sit voluntatis nostræ iusta sententia; quę definitio propriè soli testamẽto conuenit, non autem conuenit testationi mentis, ergo si vox testamentum strictior est testatione mentis, quæ non est iusta uoluntatis nostræ sententia, ergo testamentum non est genus, sed est species testationis mentis, vt supra dictum est à nobis.

Tertio & vltimo, iure non probatur dari testamentum in genere, ergo erubescimus cum sine lege loquimur, l. illam metiò, C. de collat. §. consideremus, in Auth. de triẽte & semisse, & quod non dicit lex, nec nos dicere debemus, Bald. in l. omnes populi, in fine, ff. de iust. & iure, & si in iure reperiatur fortasse appellatione testamenti venire Codicillos, hoc erit largè, & non propriè, nec ex vi generis ex quo repugnat definitio testamenti, & aliud est quod verbum significet aliquid tãquam genus, & propriè, & aliud quod significet impropriè. Firmamus igitur verissimam esse opinionem hanc, videlicet, non dari in iure nostro testamentum in genere.

71 Fateor benè, quod largè non ex vi generis testamentum sit genus ad omnes vltimas voluntates, quemadmodum arbitrantur omnes scribentes, & ita procedat glos. in cap. quamquam, de vsur. lib. 6. vbi vult, quod testamentum largè sit testatio mensis, glos. in l. 2. in verbo personales, C. commun. de legat. glos. in l. 3. §. fin. in verbo, ex eo, ff. de iure codicill. glos. in l. pen. in verbo, omnes, C. de const. pecun. quæ dicit, quod omnis vltima voluntas potest dici testamentum, glos. in l. fina. in verbo, cognationis, C. de codicil. Bal. in l. hac consultissima, C. qui testam. facere poss. idem Bald. in l. fin. C. de testam. Alex. in l. si idem, C. de codicill. Ias. in l. non codicillum, C. de testam. Socin. in l. 1. §. quamquam, ff. ad Trebellian. Hinc volunt DD. in Rubr. de leg. 1. ꝙ quot dispositiones reperiuntur in testamẽto, tot dicantur testamenta, argumento l. scire debemus, ff. de verb. oblig. hinc legimus, legatarium in re legata esse quasi hæredem, l. id tempus, §. 1. ff. de vsucap. hinc codicilli vices testamenti obtinere videmus, l. ab intestato, ff. de iure codicill. Sub hac igitur appellatione testamenti generici seu vltimæ voluntatis, veniunt omnes actus qui post mortem effectum habent, morteque confirmantur, Abb. & alij Canonistæ in Rubr. de testament.

72 Secundo modo consideratur testamentum in concreto, videlicet, in specie, & in stricta significatione, & hoc modo acceptum significat illam vltimæ voluntatis dispositionem, quę omnia alia vltima voluntate dicitur esse perfectior, & in qua dispositione, de vniuerso patrimonio, & dominio ꝙ testator voluit fieri hęredis post mortem tractatur, l. 1. ff. de testam. quæ ad eius perfectionem plures requirit solemnitates, de quibus infra; & hęc voluntas dicitur illa, in qua instituitur ille qui in vniuersum ius quod defunctus habuit succedit, §. ante hęredis, infra de legat. l. nihil aliud est hæreditas, de verb. sign. §. 1. Inst. de fideicommis. hæred. quia in nulla alia dispositione instituitur hæres, §. fin. infra de codicill. l. quod per manus, ff. de iure codicill. pendet quidem eius validitas ab institutione hæredis, & ab aditione, l. nemo, ff. de testament. tutel. & in hac specie sumitur testamentum ab Imperatore in hoc nostro titulo de quo infra nos latius sumus verba facturi.

73 Testamentum, ergo seu vltima voluntas in generali illa & lata significatione, habet sub se plurimas species, quæ tanqam sub suo genere continentur, vt inquit Alex. per illum text. in l. cum antiquitas, nume. 2. C. de testamen. l. vnica, §. fin. ff. de caduc. tollend. Ias. in d. Rub. de leg. 1, num. 2. & 7. vbi omnes Interpretes, & Bell. hic, num. 6.

Prima igitur species testamenti generici seu vltimæ voluntatis, est testamentum in specie, & istud est, quotiescunque quis vult instituere hęredem directò, qui habeat omnia bona sua, vel partem post mortem, l. proximè, ff. de his quæ in testam. delent. nam non potest quis directò conferre hæreditatem suam totam, vel partem, in aliquem, nisi per testamentum, §. pen. infra de codicill. & in l. hæreditas, C. de pact. conuent. cum similibus.

74 Secunda species est codicillus, qui vt dicebat Bellon. hic, num. 8. habet eandem vim, quantum ad ea, quæ in eo relinqui possunt, quàm habet testamentum, l. 2. §. codicillorum, ff. de iure codicillor. non potest tamen quis in codicillis hæredem directum instituere, vt hic habeat omnẽ hæreditatem, ex quo hæreditas in codicillis neque dari neq; adimi potest, d. §. pen. infra de codicil. l. si idem, C. de codicill. sed benè per fideicõmissum, quo casu censentur grauati venientes ab intestato, vt illi hæreditatem restituant, l. si quis cum, ff. de iure codicill. d. §. pen. infra de codicill.

75 Et circa hanc materiam codisillorum sunt quędam digna præscitu. Sciendum enim est, quod istud ius codicillorum primus qui approbauit fuis Augustus, qui Lucium Lentulum rogauit per codicillos vt aliquid faceret, quod cum implesset, cæteri eius vestigia sequuti idem faciebant, & eò maximè, quia Trebatium respondisse fertur, ius codicillorum nedum vtilissimum, sed etiam hominibus necessarium, vt inquit text. in princip. de codicill.

76 Secundo sciendum est, quod personæ quæ possunt

sunt

sunt testari, possunt etiam Codicillos conficere, & quæ non possunt testari, neque etiam conficere Codicillos, l. conficiuntur, §. Codicilli, ff. de iure Codicill. reprobata enim opinio est, dicentium filium qui non potest testari, posse Codicillari. Bart. in l. tam is, §. 1. nu. 4. ff. de donat. causa mort. & in l. 2. num. 1. de leg. 1.

Quinque autem testes debent esse præsentes in confectione Codicillorum, sufficiunt autem fortuiti, in testaméto aūt debent esse rogari, l. fin. §. fin. C. de Codicill. possuntq; fieri tam in scriptis quam sine scriptis, l. fina. C. de bon. libert. Ias. in d. l. fina. num. 2. C. de iure Codicill.

77 Et fiunt Codicilli vt inquit Bello. hic, num. 8. vel in testamento vel ab intestato, §. non tantum, infra de Codicill. Quando fiunt in testaméto, possunt præcedere, vel sequi testamentū, l. conficiūtur, de iure Codicill. hodie secùs, d. §. non tantum, Ab intestato verò fiunt, quoties quis non vult facere testamentum: nam tunc veniētes ab intestato possunt Codicillis grauari, l. illud, §. 1. de iure Codicill. Ratio est: quia spontè sua censetur testatorem venientibus ab intestato hæreditatem reliquisse, d. l. conficiuntur, ff. de iure codicill. & sic tanquam succedentes ex voluntate defuncti, possunt grauari, Codicilli autem nullam solemnitatem desiderant præter supra dictam, d. §. fin. infra, de Codicill. Et hæc de Codicillis dicta sint.

78 Tertia species est Legatū seu Fideicommissum, quorū natura est exæquata, l. 1. ff. de leg. 1. l. 1. & 2. C. commun. de leg. §. sed nō vsque, infra, de legat. & quomodo reconcilietur text. in d. l. 1. ff. de leg. 1. uide l. 2. C. commun. de leg. diximus in §. sed non vsque, de legat. quo in loco ex professo explicauimus hanc materiam. Est autem Legatum donatio quædam à defuncto relicta, ab hærede præstanda, §. legatum, infra, de legat. Et quæ sint eius solemnitates, & quæ sint eorum nomina, non est nunc inspectio nostra, & vos reijcio ad scripta per nos infra, de legat. in princ. & in §. legatum, vnum tamen non omitto, quod in rei veritate legatum non est species testamenti generici, nec alterius vltimæ voluntatis vt ostendi ego in Rubr. de legat. dum quærimus, an legatum sit pars subiectiua testamenti, id quod sic recensemus procedit secundum communes traditiones.

79 Quarta succedit species testamenti generici, videlicet donatio causa mortis, de qua per Bell. hic, num. 9. nam & ipsa dicitur esse vltima voluntas, secundum Bart. in l. 2. num. 1. de leg. 1. Alex. in l. cum antiquitas, num. 2. C. de Testam. text. est in l. fina. C. de donat. causa mort. l. 1. circa medium, C. de imponend. lucra. descrip. lib. 10. §. mortis causa, supra, de donat.

Donatio igitur causa mortis est, quotiescunque fit mentio de morte, l. Seia, ff. de dote præleg. l. & Seia de donat. causa mort. Bart. & DD. in l. quę dotis, ff. soluto matr. Cum quis igitur imminente mortis periculo vel eius cogitatione commotus, ita donat, vt se magis velit habere quam eum cui donat, magisque eum cui donat, quàm hæredem suum, ita dixit Imperator in §. in summma, supra, de donat. Martianus in l. 1. de donat. causa mort. dixit Ioann. Copius, in tract. de fructibus, cap. 6. lib. 3. num. 1.

80 Sed contra hanc speciem oppono, quod immo illa non dicatur species vltimæ voluntatis, de l. 1. §. fin. C. de cad. toll. vbi donatio causa mortis ponitur tanquam quid diuersum ab vltima voluntate, ergo. Confirmatur: quia in ea requiritur consensus donatarij, l. inter mortis, ff. de donat. caus. mort. Abbas in Rubr. extra eod. vbi illā quasi vltimam voluntatem appellat, ergo. Ideo sciendum est pro resolutione multorum contrariorū & iurium, dicentium illam esse contractum, quod donatio causa mortis secundum Doctores communiter, in l. 2. ff. de leg. 1. non est propriè vltima voluntas, nec etiam propriè cōtractus, sed est quoddam mediū, sapit enim in quibusdam de vltima voluntate, & in quibusdam de contractu, vt etiam dixit Angel. Aret. in tractatu de testam. glossa centesima, nu. 1. habet ergo naturam mixtam, vt refert etiam Socin. iun. ex mente aliorum, in l. sciendum, num. 10. de leg. 1.

81 Et tanquam vltima voluntas vnusquisque causa mortis donare potest, etiam filijfamiliàs, immo, propter eos est adinuenta, cum & ipsi non possint testari neque Codicillari, possunt tamen permittente patre donare causa mortis, l. tam is, ff. de donat. causa mort. l. fina. §. fina. C. de codicill. & in hoc similis est vltimis voluntatibus, in multisq; eis accedit. Est deinde similis contractibus in sui ordinatione; ita inquit glos. in l. 2. in 1. vers. ff. de dote prælegata. & ita vulgo omnes credunt. Testis est Ias. in d. l. 2. num. 2. ff. de leg. 1. Hinc est, quod in donatione ista requiritur præsentia donatarij, d. l. inter mortis, secùs in vltima voluntate, l. cum pater filios, §. donationis prędiorum, & l. miles, de leg. 2.

Si autem ex me vos quęratis, quidnam ipsa magis sequatur, an scilicet contractum, an vltimam voluntatem, & cui ex illis magis similis sit; Qua in re dico, communem esse opinionem, donationem causa mortis magis similem esse contractui, quàm vltimæ voluntati, ita dixit Ang. Bald. & alij, de communi, & magis communi opinione testatur Socin. iunior, in d. l. sciendum, num. 64. de leg. 1. ad quorum Interpretum scripta vos libēter reijcio.

82 Possunt autem donari omnia quæ sunt in commertio nostro, præterquam hæreditatem, l. licèt, vbi Bart. num. 1. & Paul. Castr. num. 2. C. de pact.

Sed quoniam hoc videtur dubium, & non sine difficultate pertransit, ideò hanc quæstionem (quæ vtilissima est, cum quotidie ad manus veniat) ad partes disputare decreuimus, ad hoc, vt veritas inde detegatur.

Sit ergo quæsitum. An donatione causa mortis possit testator relinquere hæreditatem, & per consequens, an possit donator donare post morté omnia bona sua præsentia, & futura? Qua in re duæ reperiuntur Scribentium opiniones. Prima est existimantium donationem omnium bonorum, vel hæreditatis nō valere; quam opinionem tenuere Bart. Alexand. & Ias. in d. l. licèt, C. de pact. Alex. & Ias. in l. stipulatio hoc modo cōcepta, ff. de verb. oblig. & est communis opinio, de qua testatur Ias. in d. l. stipulatio, num. 10. Abbas, in cons. 48. num. 1. part. 2.

par.2. da communi teſtatur Cagnol.in l.fin.num. 123. C.de pact.qui dicit ab hac nullo modo eſſe recedendum. Teſtatur Crotus, qui dicit hanc omnes tenere, in l.ſtipulatio hoc modo concepta, nu. 99.de verb. obligat. Hanc tenuit Couartuuias, in tract. de teſtam. & vltim.voluntat. par.2. num.4. Roin conſ. 51, num. 10.& in conſ. 130. numer.7. vol.1. Dec. conſ.30. & in conſ. 488. num. 2. & in conſ. 55.nu.7. Caſtr.conſ.75. vol.2. Corneus.conſ. 176.lib.2.Roman.conſ.121. Curt.iunior cóſ. 120. num. 6. Gozadin. conſ.47. Cęphalus conſ. 44. nu. 17.lib. 1.Crauetta in conſ.139.col.finali.

82 Pro hac igitur opin.communi primo loco adducitur: Actus qui impedit liberam teſtamenti factionem, non eſt admittendus,argum.l.1.C. de ſacroſ.eccl. ſed iſta donatio impedit liberam teſtandi facultatem, ergo huiuſmodi nullius eſt momenti.

Quod impediat probatur: quia auſert facultaté donanti faciendi teſtamentum, propter bonorum priuationem,nullus.n.voluerię adire hæreditatem, cum ſciat bona defuncti alteri ex cauſa donationis obligata eſſe, argu.text.in prin.infra,de leg.Falcid,

Ego verò, qui ſum in via diſputatiua inſequuturus opinionem contra cómuné,reſpondeo,quod non eſt quod impediatur libera teſtandi facultas, cum illa donatio ſit reuocabilis,aliàs teſtamentum etiam non eſſet admittendum, vt infra videbimus

83 de hoc argum. Secundo reſpondetur, imò valere actum per quem quis libera teſtandi facultate priuatur per indirectum, certú eſt enim poſſe teſtatorem in Codicillis totú ſuum patrimoniú erogare, & Falcidiã prohibere, Auth.Sed cú teſtator.C.ad leg.Falcid.& tamen videmus,per dictos codicillos liberam tolli diſponendi facultatem, & hæredem inſtituendi. Tertio reſpondetur quod ſufficit teſtatoré in potentia poſſe habere hæredé,licet accidentaliter non habeat, argum, text.in l.hæreditatem, ff.de petit.hæred.in l.nihil aliud eſt hæreditas,& in l.hæreditatis appellatio,ff.de verb.ſig.dixit Bald,in l.fin.C.de pact.num.10.

84 Secúdo facit pro hac opinione ęquipollentium, in effectu,licèt in nomine diuerſorum eadem eſt natura & prohibitio, ita, quod diſpoſitú, in vno, eſt etiam diſpoſitum in alio, l.in ſumma, ff.de re iud. Troil. Maluez. in tract. de oblat.num. 20.l.omne verbum, C.commun.de ſucceſs.ſed iſta donatio & pactum de futura ſucceſſione, æquipollent in effectu,ergo ſicuti pactum eſt prohibitum,l.ſtipulatio hoc modo concepta, ff.de verb.oblig. ita & hæc præſens donatio.

Minor probatur: nam æqoipollentia dicuntur illa, quę ſub diuerſis vocib. & nominibus prolata, tendunt ad vnum & idem; ita declarat Albert.de Pergamo, in tractatu de præpoſition.nu.127.l.omne verbum, C. commun. de ſucceſs. cum ſimilib, at hęc donatio,& hoc pactú, tendút ad vnú & idé, népè ad impediendú teſtandi liberú arbitriú,ergo.

Reſpondetur,quod non æquipollent: quia hæc donatio non impedit,cum de ſui natura ſit reuocabilis: illud autem pactum eſt irreuocabile,& benè impedit, cum liget manus teſtatori ad non faciendum alterum hæredem.

85 Tertio auget prædicta opinio, quia iſte qui donat omnia bona ſua, præſentia, & futura, videtur locare operas ſuas in perpetuum donatario, ſed locatio perpetuarum operarú eſt prohibita,arg.l.antiquitus, C.de vſufr. diximus nos ſupra princ. de vſufr. num. ... ergo eſt etiam prohibita omnium bonorum donatio pręſentium & futurorum.

Reſpondeo, quod iſta non eſt locatio, cum donans non obligetur in perpetuum, cú poſſit res donatas ad libitú reuocare, §.1.ſupra, de donat.cum conſocijs,addito etiam, quod non eſt verum, quod locatio in perpetuum ſit prohibita, cum poſſit ſeruire per ſubſtitutum, vt diximus in Commentarijs ad princip.de vſufr.num. ...

86 Ad eandem opin. confirmandam arguitur ex mente DD. Diſpoſitio quæ inducit votum captandæ mortis,eſt prohibita,l.fin.C.de pact.ſed hęc eſt talis, cum donatarius veriſimiliter omnes modos ſit excogitaturus per quos donans moriatur: prohibitum enim eſt per d.l.fin. pactum factum de hęreditate viuentis, ea ratione, ſcilicet quia datur anſa captandæ mortis hæredis, vndè non valet. Et hinc fit, quod Canoniſtæ in capit. fin. de conceſs. præbend. ſtatuerunt, quod mandatum factum à Patrono beneficiorum ad præſentandum in beneficijs vacaturis, nullius eſt momenti: quia ſcilicet daretur votum captandæ mortis, quam reſolutionem tenet Rocchus de Curte, in tract. de iure patron. lib. 2. partis 1. quæſt. 4. artic. 2.at per huiuſmodi donationem inducitur votum captandæ mortis, ergo.

87 Reſpondetur, quod votú captádę mortis non conſideratur,nec eſt efficax ad vitiandú actum, quotieſcunq; ille de cuius bonis agitur, & de cuius mortis captandæ occaſionne agitur, conſentit huic actui: ita limitauit d.regulam l.fin.Curt.iunior,in l.licet, num. 16. C. de pact.damnum enim quod quis ſua culpa patitur, alteri non imputatur, capit. damnum, extra de reg.iur.ſed in caſu noſtro ipſe donans conſentit huic donationi,cum ipſe illam reliquerit, non obſtante quod agatur de voto ſuæ mortis captandę, ergo non obſt.argumentum.

Confirmatur hæc reſponſio per ſimile pupillaris ſubſtitutionis, de quo in §.pen.infra, de pupill. ſubſtitut.vbi valet ſubſtitutio pupillaris,non attenta anſa mortis pupilli captandæ, cum pater ſubſtituendo uideatur huic facilitati & occaſioni conſentire, ita hic, ergo.

Ex qua reſponſiona colligatis vos limitationem ad theoriam Canoniſtarum, in d. cap. fin. de quo ſupra actum eſt.

88 Quinto loco facere videtur, diſpoſitio qua aliquis inducitur ad expectandum hominis caſum,& aduerſam fortunam nó eſt admittenda, l.inter ſtipulantem, §.ſacrá, ff.de verb.oblig. vbi licèt liber homo poſſit ſeruus fieri, tamen non poſſumus ſtipulari illum,cum hac códitione ſi ſeruus fiat, quia non decet aduerſam hominis expectare fortunam: ſed hæc donatio eſt talia, quia per eam eſt certus donatarius nihil donantem eſſe habiturum, & in extrema paupertate illum viſurum ſperat, ergo.

Reſpondetur, quod ex quo donans à donatario debet alimentari, §. ſciendum cum gloſ.ſupra, de donat.ceſſat obiectum de quo ſupra.

Secundo ego respondeo & melius, dicens, quod argumentum non tenet, quia sibi locum vendicat in donatione inter uiuos, quæ est irreuocabilis, §. 1. supra, de donat. at nos sumus in casu in quo donatarius non potest expectare fortunam aduersam donantis, cum donatarius debeat illam consequi post mortem, §. in summa, supra de donat. ergo non vrget dicta ratio.

89 Sexto loco ad comprobandam commun. opin. deducitur: nam in donatione causa mortis donans vult magis habere donatarium quàm hæredem suũ, d. §. in summa, l. 1. ff. de donat. causa mort. & sic fit comparatio inter hæredem & donatarium, sed hic per d. donationem non esset aliquis constitutus hæres, cum quo comparatio fiat, ergo non valet hæc donatio.

Respondetur, quod argumentum hoc probat quod hæc non sit donatio, non autem quod non sit actus admittendus, & hoc est contra glos. DD. in l. licèt, C. de pact. vlterius, id quod dicitur in donatione causa mortis, quod quis vult plus donatariũ habere quam heredem, & c. intelligitur, quando est alius hæres institutus, & sic distincta persona legatarij à persona hæredis; sed in casu nostro non est sic, & nihil repugnat quod in vna persona concurrat vtraque qualitas, vt dicit Decius in dicta l. licèt, C. de pact.

Tertio respondetur illum text. loqui de hæreditate ab intestato, & sic ibi probari videtur differentiam esse inter hæredes ab intestato, & legatarium, quod nemo inficiatur, cum sit ipsa hæc duo differentia prædicta.

90 Septimo & vltimo adducitur pro opin. comm. affirmatiua text. in l. hereditas, C. de pact. conuent. quatenus ibi dicitur, quod hæreditas datur ex testamento, vndè non potuit dari pacto de quo ibi, duo enim fecerunt pactũ de succedendo ad inuicem, & ibi dicitur, quod non valet pactum, cum hereditas detur ex testamento, ratio est fortasse, quia inclusio vnius, est exclusio alterius, l. cũ prætor, ff. de iudic.

Respondeo, quod quamuis non potuerit dari ex pacto de quo ibi, tamen benè potuisset dari per donationem, quia per pactum tollitur libera testandi facultas, secus per donationem causa mortis, cum sit reuocabilis, pactum autem non, l. sicut, C. de act. & obligat.

91 Secundo respondeo & declaro, quomodo intelligatur nostra Conclusio, quod ille text. nihil facit; nã ibi agitur de hæreditate, quæ accipitur pro successione vniuersali in bonis defuncti, l. nihil aliud, ff. de verb. sig. hic verò in quæstione nostra quando quærimus an hæreditas possit relinqui per donationem, accipitur hæreditas pro bonis ipsis omnibus, vt patet ex his quæ dicuntur per Abbat. in cons. 48. nume. primo, parte secunda, prout aliàs accipitur: hæreditas enim duas habet significationes, vt per Hotomann. in Commentarijs de iuris verbis, in verbo, hæreditatem dupliciter.

Quam quidem responsionem sequuti sunt nonnulli alij ex nostris, & optima quidem est respõsio.

Tertio respondetur, dato, quod in quæstione nostra agatur de hæreditate prout est successio, respondeo tamen, quod inclusio vnius, nõ est exclusio alterius, quando aliundè apparet illud quod videtur exclusum, re vera non fuisse exclusum, vt per Salicet. in l. de crimine, in 2. oppo. C. qui. accus. licet, sed in casu nostro etiam in donatione causa mort. potest hæreditas relinqui, vt ĩ. dicemus, ergo cessat ratio illius text. ita respondent quidam nouissimi, quorum scripta circunferuntur. Sed hæc responsio non est tenenda, cum sit valde aliena à veritate, vt infrà dicemus.

92 Contrariam ergo opinionem, quòd imò per donationem causa mortis possit relinqui hereditas, & valeat donatio omnium bonorum præsentium & futurorum, tenuit Barto, parum sibi constans, in l. stipulatio hoc modo cõcepta, de verb oblig. Bald. & Angel. in d. l. fin. C. de pact. eandem tenuit Salic. in d. l. fin. num. 19. Abbas in cons. 107. & in consi. 48. vol. 2. Dec. in l. licèt, C. de pact. in quorum opinionem dispuiãdo ego libentissimè sum professus. Pro qua

Primo facit ex mente Docto. in l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verb. obligat. & in l. fin. C. de pact. quia pactũ per quod vxor præmoriens transfert in maritum lucrum totius dotis, validum est, c. fin. extra, de donat. inter vir. & vxor. & tamen rarò euenit, quod mulier preter bona dotalia aliquid habeat, cum quicquid habet & acquirit, præsumatur esse ex rebus mariti, vt vitetur suspicio turpis quæstus, l. Quintus, C. de donat. inter vir. & vxor. Ecce ergo, quod per hoc pactum impeditur libera testamenti factio, & tamen toleratur, ergo arguendo à simili in donatione causa mortis, imò à maiori tate rationis, quia hæc donatio est reuocabilis, pactum autem nequaquam reuocari potest.

93 Secundo, vnusquisque in re sua est moderator & arbiter, l. in re mandata, C. manda. sed talis donans est dominus rerum suarum, ergo quomodo velit de illis disponere potest.

Augetur & tertio: Ponamus, quod non habeam nisi vnum seruum, & illum pignori dederim, certè non possum illum hæredem instituere, & dare illi libertatem, l. prima, C. de necess. seru. ponamus nunc, quod ego non sim soluendo, certum est, quod per illam pignoris constitutionem, & sic per illud pactum, impeditur illa libera testamenti factio, cum non sim habiturus hæredẽ saltem à communiter attingentibus, sicut ille non habet, qui donas omnia bona sua præsentia, & futura; non enim est maior ratio cur aliquis debeat adire, & reddere hæreditatem creditoribus potius, quàm donatario, cum vtroque casu totam reddere debeat, sicut ergo toleratur illa constitutio pignoris, ita & præsens donatio.

Quarto, si verum esset, quod talis donatio non valeret, eo quia donans non inueniret hæredem, ex quo nihil esset lucraturus hæres, sequeretur, quod prohibitio Falcidiæ fieri non posset per testatorem, sed consequens est falsum, ergo & antecedens.

Quod sequeretur, probatur; quia si nihil esset hæres lucraturus prohibita Falcidia, & hæreditas sit onerata legatis, clatum est, quod hæres non capiet hæreditatem, sicuti non capiet facta dicta donatione, argumen. ut. ad leg. Falcid. infra, in princ.

vbi

vbi Falcidia adinuenta est, vt hæres inuiteruт ad adeundam hæreditatem: vndè, ea sublata, impediretur libera facultas testandi: at hoc est falsum, quia Falcidia potest per testatorē prohiberi, Auth. Sed cū testator, C. ad l. Falc. vbi, si testator prohibuit cessare Falcidiam, & si hæres noluerit parere, deuoluitur hæreditas ad personas scriptas in testamento.

Quinto & vltimo, alijs omissis probatur hæc opinio vrgentissimo medio: nam, si talis donatio nihil valeret, testamentum etiam nihil valeret, sed consequens est falsum, ergo & antecedens. Maior probatur: quia si facio testamentum, & in eo instituo Titium, certè ipse est institutus in omnibus bonis, tam præsentibus, quam futuris, si enim non fecero testamentum aliud, tunc ipsa bona quæ erant tempore facti testamenti, & illa postea quæ ego acquisiui, habebit, & sic impediet liberam testamenti factionem.

Sed dicet aliquis; Ego potero reuocare testamentum, vt infra, quib. mod. testam. infirm. §. posteriore, & ita non impeditur per testamentum libera testandi facultas.

Respondetur, quod etiam donatio causa mortis est reuocabilis, §. primo, supra, de donationib. Et si dixeris, quod ratio cur hæc donatio sit prohibita non est hæc, sed, quia inducit votum captandæ mortis.

Ego Respondeo, quod hæc ratio militat etiam in testamento. Et si adhuc aliquis diceret, aduerte, quod testamentum non impedit liberam testandi facultatem: nam ipse testatus est, & sic liberam testamenti factionem habuit, sed ille qui donauit, non est gauisus hac ratione, ergo.

Sed hæc responsio quamuis colorata sit, non tollit argumentum quia secundum illam sequeretur, quod si quis faceret testamentum, & promitteret hæredi se non esse illud reuocaturū, quod valeret: Cuius tamen contrarium voluit Bart. & communiter Doctores in l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verb. obligat. diximus in Commentarijs ad titulum infra, de adempt. legat. numer.... Vndè, ex his firma remanet Conclusio, quod hæreditas dari possit in donatione causa mortis, & per consequens, valeat donatio omnium bonorum, præsentium, & futurorum, contra communem opinionem.

94 Declaratur tamen vt procedat hæc nostra opinio, contra communem, accipiendo hæreditatem pro omnibus bonis, secus, si pro successione in vniuersum Ius defuncti: quia, tunc solo testamento illa dari potest, vel adimi; Vnum tamen admonendum esse existimo, quod hæc opinio de facili disputando (vt audiuistis) potest attentari, sed in iudicando, dico non esse recedendum ab opinione communi, prout animaduertit Cagnol. in d. l. fin. numer. 113. C. de pact. & animaduertit Ioan. Crot. in d. l. stipulatio hoc modo concepta, num. 99. de verb. obligat. cum agatur de maximo præiudicio ipsorum testantium.

95 Retenta ergo opin. communi, quod non valeat donatio causa mortis facta omnium bonorum, præsentium, & futurorum, vel hæreditatis. Limitatur primo loco, quando ista donatio esset iurata inter patrem & filium in potestate, quia tunc valeret ratione iuramenti. Ita limitauit Bald. in l. fin. C. de vsucap. pro dote, & in cons. 430. vol. 1. Abbas, & cæteri Canonistæ, in cap. cum contingat, de iureiur. tenuit Parisius cons. 69. nu. 128. vol. 3. Hanc etiam opinionem communem dixit Bertrandus, cons. 35. col. 2. & in cons. 62. num. 4. volum. 1. Ruin. cons. 96. numer. 5. volum. 1. Dec. cons. 20 1.

96 Secundo limittatur, quando ista donatio esset facta propter benemirita præcedentia, filio in potestate constituto, tunc enim valeret, glos. in Auth. Vnde si parens, C. de inoff. testamento quia ratio tunc est, cum præsumatur deberi ex operibus suis, & iudicatur tanquam aduentitium. Hanc sequuntur Doctores communiter, in l. si donatione, vbi Salicet. C. de collat. de communi testatur Crotus, in l. frater à fratre, num. 79. ff. de cond. indeb.

97 Tertio limitatur, quando ista donatio esset facta Ecclesiæ: nam tunc valeret; quam opin. tenuit Dynus, in cap. quod semel, de reg. iuris. Angel. & Bald. in d. l. stipulatio hoc modo concepta, Salicet. in dicta l. fin. C. de pact. vbi etiam Alciat. Tamen hæc limitatio tantorum virorum non est tuta, & Communis opinio est in contrarium, vt in terminis animaduertit Didacus Couarrunias, in tract. de testam. & vltim. volunt. parte 2. numer. 6. Et hæc quoad hanc Conclusionem. Habetis igitur quattuor species testamenti generici, seu vltimæ voluntatis.

98 Quinta succedit species voluntatis secundum quosdam, quæ est mortis causa capio, vt per Bell. hic, numer. 11. quæ tunc dicitur, quoties quis propter mortem alterius habet occasionem capiendi, vt est text. in l. qui precio, vbi glos. not. & in l. mortis causa, la quinta & la sesta, ff. de donat. causa mort. Et hæc mortis causa capio potest dupliciter accipi, in genere, & in specie: in genere, vt compræhendat legata & fideicommissa, l. mortis causa capio, ff. de donat. causa mort. legata ergo & fideicommissa possunt appellari species mortis causa capionis; In specie verò accipitur, quando non cadit in aliud nomē, sed stat in suo proprio, & tunc differt ab hæreditate, legato, fideicommisso, & donatione causa mortis: quia illa capiuntur ex voluntate testatoris, vel eius qui donat; mortis causa capio, aliquando sine voluntate, d. l. qui precio, in fine; Differt tamen à legato mortis causa capio, quia hæc potest esse quandoque præter defuncti voluntatem, dicta l. qui precio, illud autem sit semper cum voluntate, §. 1. infra, de legatis, vbi legatum est donatio à defuncto relicta.

Item, differt à donatione causa mortis eadem differentia: nam hæc semper, est ex voluntate donantis, argumento supra, de donatio. secundo differt: quia semper à defuncto proficiscitur, vt de se constat: mortis causa capio etiam ab alio, dicta l. qui precio, l. si mulier, l. mortis causa capimus, ff. de donat. causa mort. l. inter mortis, ff. eod. tertio differt, quia hæc semper ex bonis defuncti, mortis causa capio āt ex bonis alterius, gl. in d. qui precio,

& ibi Bart.num.1. ff.de donat.causa mort.& Port. J.ad legem Falcid. super glos.in verbo,legauit,

Dicebat autem Bell.hic, num.11. & mihi verissimum videtur, quod hæc non est species per se distincta,sed voluntas volũtatis species; & probatur

Primò, quia nunquam compertum fuit apud J. C. mortis causa capionem esse vltimam voluntatem: hæc autem negatiua iuris probatur per dicta Barto. in l. ab ea parte, ff. de probat. & erubescimus cum sine lege loquimur, l. illam merito, C. de collat.

Secundo, quia non posset aliquo casu dari contra voluntatem defuncti, sed secundum voluntatem: at hæc datur, d.l.qui precio, ergo.

Tertio, quia principaliter non subsistit ex seipsa,sed est appendix testamenti vel codicilli, d.l.qui precio, & si quis est casus in quo subsistat per se, tunc non proficiscitur nec ex voluntate, nec ex bonis defuncti, d.l.qui precio.

Quarto & vltimo, quia non repetitur connumerata inter vltimas volũtates, alioquin legatum esset species vltimæ voluntatis per se distincta, quod est falsum, cum non possit dari principaliter sine adminiculo testamenti, sicuti aliæ tres vltimæ voluntatis species, s. Testamentũ, Codicillus, Donatio causa mortis, quæ verè sunt species vltimæ voluntatis per se cõsideratæ absque alio adminiculo, Vlteriùs probatur in l.cum antiquitas, & ibi notat Alex. C.de testam. l.vnica. §.fin. C.de caduc.toll. dixit glos. in l.iam is, §.1. ff. de donat. causa mort. ergo mortis causa capio non est species vltimæ voluntatis de per se,

99 Sexta & vltima est species vltimę volũtatis epistola, seu litteræ: vt si aliquis ad aliquem litteras mittat,in quibus successionem suam per fideicommissum relinquat,de quibus fit mentio in l.epistola, C.de fideicommiss. l.3.C.de codicill. in l.miles, ff.de legat.3.

Et pro intelligentia huius speciei sciendum est, epistolam aliquam pertinere ad vltimas voluntates,aliquam ad inter viuos; ita dixit Barto.in l.Caridemus, ff.de pollicit. Quando autem ad vltimas voluntates non pertinet, tunc non est præsens materia nostra,& de ea dicendum est,vt per Barto. & alios,in l.admonendi, ff.de iureiur. Quando verò pertinet ad vltimas voluntates, tunc de illa est agendum: & de hac habetur mentio in l.cum hæredes, C.qui testam.fac.poss. & in l.cum pater filius, de leg.3. & in l.cum quis,§.nuptura,vbi notat glo. de leg.3.l.fin. C.familiæ ercisciundæ,

100 Sed hic oritur dubium; an Epistola differat à Codicillis nomine tantum, vel etiam re ipsa. Qua in re ego existimo veriorem esse opinionem, quod nulla sit differentia nisi in nomine, Quam opinionem tenuit Bellon.hic, num.12. Campius hic, nume. 105. & tacitè videtur hanc tenuisse Rolandinus in tractatu de testamen. in princ. num.2. qui inquit, hanc epistolam non esse amplius in vsu apud nos.

Sed contra hanc opinionem, quòd imò re differant, facit text.in l.fin. C.familiæ ercisc. vbi Imperator vtitur dictione illa (seu) quæ inter diuersa ponitur, argum.l. si quis ita legauerit,ff.de auro & arg. lega. ergo codicillus per hanc dictionem differt ab epistola,

Secũdo, per tex.in l.& In epistola, iuncta ibi gl. C. de fideicommissis, quæ exponit libellum, pro codicillo, ergo differunt, & eodem modo facit in l.qui ex liberis,§.planè,ff.secundum tabul.

Tertio, per l.fin.In princ.de legat.2. vbi epistola est vice codicillorum, ergo non est codicillus, arg. l.mercis,ff.de verb.signific.

Quarto facit text.in l.cũ hæredes,C.qui testam. fac.poss. quos text.adducit hic Bellon,nu.12. ideò aliter eos non refero,

Quinto moueor ego ad probandam hanc differentiam, per text.in l.1. C.de codicill,vbi relictum in re huiusmodi dicitur relictum, veluti in codicillis, ergo litteræ non sunt codicilli, quia nullum simile est idem,l.quod Nerua,ff.depositi.

Sexto & vltimo facit argumentum à nominis diuersitate,l.si idem,C.de codicil.vnde ex his videbatur dicendum, codicillum nedum nomine, sed etiam re ipsa ab epistola differre,

Tamen defendendo opinionem Bell. & cæterorum, quod non differant nisi in nomine, quod patet, quia codicilli nullam solemnitatem requirunt, §.fin. infra, de codicill. possunt enim quocumque modo fieri,cum illorum non sit certa forma, sicuti euenit in epistola. Ad idem facit text.in l.is qui,in l.si quis in graui, ff.de iure codicillor. vbi codicilli scribuntur ad filios, sicuti litteræ,textus est in l.litteræ, de iure codicillorum. vbi litteræ quibus hæreditas promittitur, vel animi effectus exprimitur, non obtinent vim codicillorum, ergo à contrario sensu obtinebunt, quando non exprimunt animi effectum, uel hæreditatem promittant: igitur hæc duo non distant inter se,nisi nomine.

Et non obstant in contrarium adducta: nam vbicumque videtur fieri differentia inter epistolam & codicillum: hoc ideo est, quia qui codicillos in absentia conficiebat, illos in formam epistolæ plerumque redigebat (nihil autem erat impedimento quo minus possent sub forma epistolæ conscribi, cum nullam solemnitatem, vel ordinationem desiderent) scribendo per verba directa ad eum cui scribebantur, & hoc modo codicilli sortiti sunt nomen epistolæ, argumen.l.epistolę, ff.ad Trebellianum. nam epistola hoc modo facta appellatur codicillus,dicta l.si graui,l.is qui,ff.de iure codicill,

Poterant etiam codicilli confici non sub forma epistulæ, & tunc non appellabantur Epistola, sed Codicilli tantum, atque hæc declaratio colligitur ex legibus supra deductis, & ex Speculatore,in tit. de instrumen.editio.§. porrò,num.4. Bald,in l.hæreditas, num.1. C.de his quib.ut indign. Et ponatur quòd sit ex his responsum argumentationibus suprà relatis, excepta ea quæ deducebatur ex illa
101 dictione (seu) quæ inter diuersa ponitur: nam ad hoc respondeo, quod illa dictio facit diuersitatem respectu formæ scribendi codicillos & epistolas, sed hæc non potest facere differentiam inter epistolam & codicillos. Secundo etiam dico, quod dictio (seu) ponitur pro dictione illa (siue) at dictio (siue) ponitur inter duo importantia idem,

Bart.

Bart. in l. si quis ducenta, §. vtrum, numer. 2. ff. de reb. dub. ergo.

Ad argumentum de nominis diuersitate etiam respondeo, quod debile est: nam in re dubia procederet, sed in claris nihil facit: nam hoc non obstante, actuarius, seruus publicus, & tabellio, idem, legatum & fideicommissum, idem, bon. possessio & hæreditas idem. quæ omnia in nomine distant, re tamen conueniunt, vt sunt omnia Synonima. Nihil ergo aliud sunt litteræ quam codicilli. Vndè, quemadmodum in codicillis quinque testes requiruntur, ita etiam in Epistola, l. fina. §. fina. vbi glos. in verbo, voluntate, C. de codicill. est glos. expressa in l. mulier, de legatis secundo, vbi glos. in verbo, litteras, & Bald. in d. l. fina. C. de codicill. glos. in d. l. epistola, C. de fideicommissis. Et hæc omnia dicta sunt capiendo Epistolam in vltima voluntate.

Ex his ergo habetis declarationem ad supra dictos quinque terminos, videlicet, ad Testamentum, Codicillum, Legatum, Donationē causa mortis, Mortis causa capionem, & Epistolam seu Litteras. Quæ quinque species sunt vltimę voluntatis, seu testamenti generici, & in abstracto considerati. Et ex ijs etiam sint explicata quæ pertinebant ad primum verbum Rubr. nostræ, videlicet, de testamentis.

102 Sequitur in ea, (Ordinandis) vndè non insistendo quæro, Cur Imperator non formauit Rubric. per Nomen, dicendo de testamentaria ordinatione, sed per Gerundium? Dicatis breuiter, quod ideò illam inscripsit eo pacto, quia Gerundia denotant actum prout est in fieri, ita dixit Purpurat. in Rubr. C. de edendo, num. 4. Curt. ibi, num. 19. dixit Bald. in l. si ex cautione, quæstione 5. C. de non numer. pecun. Gerundium enim designat actum qui visui subijcitur, Nomina verò important substantiam, & qualitatem: at cum Imperator vellet tractare non de substantia testamenti, sed de ipso actu, & effectu testamentorum, ita Rubricauit per verbum Gerundium, non autem per Nomen, quasi diceret, de testamentis, & quemadmodum testamenta aperiantur, vt est in libris fororum. Hanc rationem sequuti sunt Doctores communiter, in Rubr. C. de edendo, dum quærunt, quare Rubricauerit per Gerundium, & non per Nomen, videlicet, non dixerit de editione. Ita Bart. Alexand. Aret. in d. Rubr. vbi latissimè pertractant hanc rationem, Vicomercatus ibi, num. 9. & Curt. num. 21. Hanc etiam rationem sequuti sunt Angel. Platea, & Ias. in Rubr. infra, de action. & tamen hæc est indubitata ratio. Tractatur ergo hoc in titulo de actu testamenti, scilicet dum fit, non autem de substantia & effectu testamenti.

103 Iuxta hanc Rubr. Ego solitus sum de tribus quęrere rationibus: Cur Rubr. nostra sit concepta in numero plurali, & non singulari, cum de vno tantum testamento loquatur Imperator, videlicet, de Paganico, & pluralis loquutio numero saltem duorum contenta est, l. vbi numerus, de testam. cap. pluralis, de reg. iur. in 6. secundo Cur hæc Rubr. non sit concepta per verba generaliora, videlicet, de testamentis & vltimis voluntatibus, quemadmodum videmus esse factum à Summo Pontifice in libris Decretalium, & eo maximè, quia Imperator non dedignatur imitari Sacros Canones, vt est text. in Auth. vt Cleri. apud prop. Episcop. §. illud palam, vers. neque. ad idem est text. in Auth. de Ecclesiast. titul. in princ. Tertio, quare inscripsit hanc Rubr. Iustinianus de testamentis, non autem de testibus, duplici de causa: quia in maiori parte illius tituli loquitur de testibus, incipit enim ibi à §. possunt, & durat vsque ad §. nihil autem interest, infra eod. titulo, vnde erat inscribenda Rubr. à parte potentiori, argumento l. cum quęritur, ff. de statu homin. secundo hoc suaderi videbatur. quia Rubr. debet esse generalis ad nigrum, l. 1. vbi tenent Doctores communiter, ff. si cert. petat. At dicendo de testamentis, nigrum est generalius rubro, ergo.

Quantum attinet ad primum quæsitum, breuitati consulens, in primis respondet Picenardus hic, pagina 11. quod licèt hic tractetur de vno tantum testamento, scilicet paganico, tamen quia illud fieri potest dupliciter, vel in scriptis, vel sine, ideò respectu formæ sunt duo tantum testamenta, ergo non sine causa dicit in numero plurali, de testamentis.

104 Hæc ratio mihi non satis facit: quia licèt respectu formæ duo dicantur quodammodo testamenta, tamen in rei veritate vnicum est testamentum, quod duplici modo conficitur: quia quocumque modo considerabis, semper erit testamentum paganicum, vt in similè videmus in seruis, qui aut nascuntur, aut fiunt; tamen hæc diuersitas non constituit specificam differentiam inter eos, quia siue nascatur, siue captus sit, siue se vendat, quomodocunque fuerit factus, semper dicetur seruus, & ideò inquit Imperator in §. fina. de iure pers. quod in seruis nulla est differentia, sed benè in liberis: ita hic, licèt testamentum nuncupatiuum respectu solemnitatum differat à testamento solemni, tamen respectu generis est vnicum testamentum, immo non differunt etiam respectu speciei, cum etiam in specie vnicum sit testamentum, sed diuersimodè conceptum, vt firmant Doctores in Rubr. de leg. 1.

Confirmatur hoc: quia diuersitas in modo legandi non facit legata inter se propria appellatione differre, sed pariter diffiniuntur, videlicet, quod sit donatio in testamento relicta, §. legatum, infra, de legatis. ita & diuersitas in modo conficiendi testamentum paganicum, non inducit diuersitatem in specie, ita, quod duo dicantur testamenta diuersa, ergo hęc ratio corruere videtur.

105 Existimo ergo rationem fuisse, quare dixerit in numero plurali, de testamentis, & non in singulari: quia intentio Iustiniani fuit, tractare plura genera testandi, & de iure Ciuili antiquo, & de iure nouissimo, & ideo fuit necesse Rubricare de testamentis in plurali, quemadmodum videmus factum in Rubr. de bonorum possessio. in Rubr. de obligation. & in Rubr. de actionib. Et hæc ratio videtur ab omnibus recepta in præallegatis locis.

106 Quo ad ſecundum,cur nō dixerit de teſtamentis, & vltimis voluntatibus, ſicuti in Decretalibus, videtur enim hæc Rubr.defectiua, aut potius ſuperfluè eſſet illa poſita in Decretalibus, cum appellatione teſtamenti veniat codicillus, & qualibet vltima voluntas.

Reſpond. Ioan. Andr.in Rubr. de teſtam.quod ideò dixit in Decretalibus ſummus Pontifex de teſtament.& vltimis voluntatibus,ad maiorem iuuenum inſtructionem, ſufficiebat enim dicere de teſtamentis tātum, cum appellatione teſtamenti veniat codicillus, & donatio cauſa mortis,vndè,perinde eſt,ac ſi in Rubr.noſtra eſſet dictum etiam de vltimis voluntatibus.

Sed hæc ratio non eſt admittenda; quia dicendo Imperator de teſtamentis,hic nō videtur etiam intelligere de qualibet vltima voluntate:nam licèt appellatione teſtamenti veniat Codicillus, Legatū, & Donatio cauſa mortis,nihilominus, hoc venit ex larga ſignificatione, & impropriè, vt ſupra firmauimus nos, per gloſ.in cap.quamquam, de vſur.per l.2.C.commun.de legat. Et hāc rationem in terminis damnat Barbat.in Rubr.de teſtament. num.3.in 2.lectura.

Dicatis igitur,quod Imperator hoc in loco volebat explicare materias vltimarum voluntatum diſtinctè, ac de per ſe, & non de omnibus ſimul; vndè, non eſt mirum, ſi hic Rubricatum fuerit de teſtamentis tantum, demum verò tractauit de legatis de codicill. et donat.cauſa mort. voluit, ergo ſignificare Imperator per hanc Rubr. ſe velle tantum in hoc titulo de teſtamentis peragere, in Decretalibus autem Summus Pontifex fuit illius intentionis, vt ſimul omnes vltimæ voluntates pertractentur, & ideò inſcripſit Rubr.de teſtamentis & vltimis voluntatibus, agitur enim in eo titulo non ſolum de teſtamento, ſed etiam de codicillis; Et hāc rationem diuerſitatis accommodauit Barbat.d.num.3.in d. Rubr. eiuſdem tituli,quā etiam ſequitur Piccnardus,licèt ipſum Barbat.non citet. Et hæc eſt veriſſima & concludens ratio.

107 Quantum pertinet ad tertium quęſitum & vltimum, quare non inſcripſerit potius de teſtibus quàm de teſtamentis, cum in maiori parte illius tractetur de teſtibus,argument.l.quæritur,de ſtatu hom.& tanto magis,quia Rubr.debet eſſe generalior nigro. Ad hanc rem facilis eſt reſponſio, quia Iuſtinianus tractat de teſtibus quantum expoſtular materia teſtamentorum,in quib. ipſi teſtes ſunt apponendi,§.1.infra eod. loquitur enim ipſe de ipſis teſtamentis, in quibus cum ipſi teſtes adeſſe debeant, facta eſt mentio illorum in nigro per accidens,& non principaliter; quia ipſi pertinent ad teſtamentum,tanquam illius ſolemnitas à lege adhibita, & non tanquam acceſſorium, ſicuti exiſtimauit Piccnard.hic,pag. 12.dicens,teſtes ipſos eſſe ad teſtamētum acceſſorium quoddam, quod dictum eſt falſum, cum ſolēnitas teſtium ſit de contextualibus teſtamenti,vt animaduertit Ioan. Annibal.in l.nemo poteſt, nu.123. de leg.1.& infra dicemus nos ſuo loco. Et hæc dicta ſint circa ſecundum Caput reſpiciens verba poſita in Rubr.noſtra, & ipſorum ſignificationem.

108 Quo ad tertium Caput, videndum eſt quid ſit teſtamentum,& vnde illud dictum ſit. Qua in re dicatis vos, teſtamentum eſſe voluntatis noſtrę iuſtam ſententiam, de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri vult,vt inquit I.C.in l.1.ff.de teſtament. quæ diffinitio an ſuſtineri poſſit ſine aliqua verborum ſubauditione,dicemus infra in gloſ. ne bis eadem repetere videamur. Dictum autem teſtamentum eſt ex eo, quod ſit teſtatio mentis,vt in princ. tituli noſtri. Et quomodo hoc intelligatur, & an vera ſit etymologia teſtamenti, videbimus in princ. huius tit. vbi eſt locus ſuus, meritò breuiter pertranſeundo ad cætera percurrimus.

109 Quantum pertinet ad ea de quibus quarto loco me verba facturum pollicitus ſum, videlicet,quotuplex ſit teſtamentum in ſpecie ſumptum, de hoc enim agitur in titulo noſtro, & cū plures afferātur ſpecies per Scribentes, ego illas tantum proſequi decreui quæ de iure nouiſſimo emanarunt.

Omiſſis itaque antiquis teſtandi generibus de quibus in princ.huius tituli agemus,teſtamentum de quo acturi ſumus, eſt in duplici differentia; aut enim eſt teſtamentum Paganicum, aut non Paganicum,ideſt militare; Vel dicas alio modo; Quod omne teſtamentum aliud eſt ſolemne ſecundum diſpoſitionem iuris communis, aliud non ſolemne,& priuilegiatum, & eſt contra Regulas iuris communis factum.

110 Teſtamentum paganicum deinde ſubdiuiditur; Aut eſt teſtamentum in ſcriptis, quod appellatur ſolēne, propter ſolemnitates in eo requiſitas; Aut eſt teſtamentum noncupatiuum, §.1.verſ.ſed cum paulatim, & §.fina.infra eod.titulo noſtro. & in Auth.de hæred.& Falcid.§.pen. vnde Bald.in l.iubemus,num.5.C.de teſtam.loquens de hac duplici diuiſione, inquit quod duo ſunt modi teſtandi, ſcilicet manu ſcribendo,vel lingua pronunciando.

Teſtamentum ergo in ſcriptis dicitur, quando teſtator non vult aliquem ſcire quid contineatur in ſuo teſtamento, & illud ſcribit de per ſe,vel per alium,& tunc in hoc teſtamento debet ſeruari forma de qua in l. hac conſultiſſima C.de teſtam. & notant Doctores qui quāplurimas congerunt ſolēnitates, Ego autem reſecando ambages, reperio, quod decem ſolemnitates requiruntur ad validitatem huius teſtamenti,& vna deficiente,deficit teſtamentum, d.l.hac conſultiſſima,in princ. C.de teſtam.& in l.iubemus,eod.titulo.

111 Primo requiritur,vt quemadmodum in alijs teſtamentis ſolemnibus is qui facit teſtamentum,habeat teſtamenti factionem actiuè,ideſt quod ſit talis,vt poſſit condere teſtamentum, §.in extraneis, verſ. teſtamenti autem factionem, infra, de hæred. qual. & differerentia.

Secundo requiritur,vt inſtituatur hæres ille,qui ſit de perſonis cum quibus eſt teſtamenti factio paſſiua, ideſt quod poſſit hæres inſtitui, & ex teſt. capere,d.§.in extraneis.

Tertio requiritur pręſentia ſeptem teſtium,pręter eum qui loco teſtatoris ſcribit, vt in princ. tituli noſtri.

Quarto, quod ſi teſtator literas norit, propria manu ſcribat teſtamentū,aut alio ſcribente ſe ſubſcribat;

ſcribat;

scribat; si verò nesciat literas, adhibeat aliquem vltrà alios septem testes, qui suo nomine scribat, l. iubemus, C. eod.

Quinto quod illi testes sint ad hoc rogati, non autem casu accesserint, vt in l. hæredes palam, §. in testamentis, ff. eod.

Sexto, quod illi testes sint omni exceptione maiores, vt liberi, puberes, masculi, non tardi mente, nec bonis interdicti, vel prodigi, nec testatoris potestati subiecti, §. testes, cum sequent. infra eod.

Septimo, quod testes se subscribant vno, & eodem tempore, & loco, nullo f. actu interueniente extraneo, nec vnus testis pro alio scribat, sed quisque proprio vtatur chirographo, l. singulos, ff. eod. tit. nisi fiat in tali loco, vbi tot literarum periti non inuenirentur: nam tunc duo vel tres pro alijs literas ignorantibus subscribere possunt, l. fin. C. eod.

Octauo quod testator scribat hæredem, vel scribi faciat, d. princ. tit. nostri.

Nono, quod testes signent testamẽtum proprijs sigillis, vel alienis, si propria non habent, l. si vnus, in princ. C. eod.

Decimo & vltimo requiritur, quod omnia prædicta fiant vnico contextu, sine diuerticulo ad alios actus, nisi interueniret aliqua humana necessitas, l. cum antiquitas, §. 1. C. eod. quas omnes solemnitates in vnũ coaceruauimus ex mente Cyni nostri, Bal. & Pauli Castr. in d. l. hac consultissima, aliqua de prædictis congerit Paul. Paris. in cons. 46. nu. 2. cũ sequent. part. 3. Matth. de Afflict. in Decisionib. Neapol. in Decis. 143. nu. 1. nõnullas recẽset Iacob. de Puteo in cons. 121. num. 1. in Consilijs vltimarum voluntatum, tomo 1. tradit Plate. hic, num. 3. Moder. Vltramont. nu. 6. ibi, et Tobias aliquas etiã refert, nu. 12. nonnulla vtilia congerit ad hoc Ludouic. Lana, in tractatu de formul. testamenti nuncupatiui, & clausi, in princip. & Iulius Clarus Alexandr. in tract. de testam. in Rubr. quarta, num. 3. & Ioan. Durant. in tractat. de arte testandi, tit. 2. Cautela 1. nu. 1. Et hæc dicta sint quo ad solemnitates in eo requisitas; modo videndum est de forma illius;

112 Forma igitur testãdi in scriptis est, quod primo loco testator debeat scribere voluntatẽ suam si literas norit; aut si nesciat, manu alterius, et secreti amici scribi curet in carta spaciosa, & non rasa, ita, vt retineat margines, & præsertim in parte inferiori, propter suam, & testium subscriptiones, & sigillorum appensiones, & scriptã implicet, ita vt vacans pars, in qua subscriptiones, & sigilla fieri debent, emineat, membranulasuè ligatula in quib. signa testiũ affigi debent; appendat. quo peracto, conuocet septem testes, coram quibus exponat, illud esse suum vltimum testamentum, & suam vltimam voluntatem, quare rogat eos, sua sigilla apponere, & se subscribere.

Quo facto, ipse testator si literas norit, se subscribat, si nesciat, alius quidam præter dictos testes, eius nomine hoc faciat. Postea verò ipsi testes suis proprijs sigillis si habent, aut plures vno annulo illud signent, & se subscribant.

Subscriptionis forma vt referunt Moderni Vltramont. hic, & Ludouic. Lana, in d. tractat. de formulis, in cap. de subscriptione testium, videlicet, si testator literas norit se ita subscribat, Ego Petrus Ricciardus I.C. ciuis & Aduocatus Pistoriensis, hoc meo testor chirographo, ho: Anno M D. L XX. Mensis Nouembris, Serenifs. Magno Cosmo Mediceo Hetruriæ Duce dominante, quo modo præsens instrumentum, siue carta, est mei Petri Testamentum, & quod omnia & singula in eo contenta, continent meam voluntatem, & quod testes subsignati, ac per me rogati, eorum sigilla apposuerint, seque subscripserunt, hoc supradicto die, videlicet, &c.

Si verò testator nesciat literas, tunc alius ex numero dictorum testium pro eo subscribat hoc modo. Ego Paulus Arrighius Pistoriensis, meo testor chirographo, quomodo contenta in hoc testamento per me tulta petitione Petri testatoris scripta, suam esse vltimam voluntatem, & quod singula in eo contenta, & scripta, pro solẽni testamento continent d. eius voluntatem, & quod testes se subscripserint & subsignauerint, in cuius fidem ego præfatus Paulus mandato d. testatoris illud subscripsi, hoc anno, mense, &c.

Hanc subscriptionum testatoris & testium formam sequuntur DD. in l. pen. ff. de testam. Platea hic, in princ. tit. nostri, Parisius in d. cons. 46. nu. 5. par. 3. Aret. in tractatu de testament. in glos. in verbo, testamentum, col. 2.

Testes verò se ita subscribent. Ego Antonius Meliorarus Pratensis, vna cum omnibus supra vel infra subscriptis testib. presentibus & rogatis ad singula in hoc præsenti instrumento contenta & scripta, pro solemni testamẽto Petri nobis exhibita, d. testatoris precib. & mandato me in testimonium subscripsi, hoc Anno videlicet, & id proprio si habet, vel commodato si non habet, sigillo, signet. His ita peractis, dicitur tale testamentum esse perfectum, quod deinde conseruari debet vsque ad mortem d. Petri testatoris.

Testatore verò mortuo, testamentum illud debet coram Iudice exhiberi, tunc Iudex citatis citandis, & vocatis testibus, vt signa recognoscãt, iuxta text. in l. 1. ab initio, ff. quemadmod. testam. aper. testamentum illud publicabit, vt colligitur ex toto tit. quemadmod. testam. aper. dixit Specul. in tit. de instrum. edit. §. compendiosè col. 5. Paris. cons. 46. nu. 7. par. 3. & per scribentes in l. publicati, C. de testam. cum similib. Et hęc sint quæ ad testamenti in scriptis pertinent cognitionem, quod quidem in scriptis dicitur, quia scriptura in eo requiritur pro forma, vltra alia requisita de quibus supra.

113 Si quis igitur nollet aliquem scire facta sua eo viuente, potest hoc in scriptis testandi genere vti, licèt hodierno die non sit in vsu, & vt refert Port. hic, nu. 10. ait Bart. se nunquam vidisse nisi vnum testamentum in scriptis, quod factum fuit à quodam solemni Doctore, quod tamen per defectum solemnitatis non valuit; tamen prout animaduertit Viglius hic, non est tanta huius testandi generis difficultas, vt homines si eo vti velint, non possent, quicquid dixerint Port. & Bart. sed hodie in vsu non est, propter penuriam tabellionum peritorum, qui timore falsi, & ne pœnam falsi incursant,

rant, eo vti nolunt, quia si omitterēt aliquid de prędictis solēnitatibus, ad pęnam falsi tenerentur, vt est text. in l. iubemus, in fine, C. de testam. & hoc testandi genus non solum à Iure Ciuili fuit introductum, sed etiam pro parte fuit inductum à iure Prætorio, vt infra eod. in princ. tit. nostri.

Vidimus de prima specie testamenti Paganici, quod est testamentum in scriptis, sequitur videre de alia, videlicet, de noncupatiuo testamento.

114 Testamentum Nuncupatiuum quod quidem multam solemnitatem non exigit, sed perfectum, imò perfectissimum dicitur, si testator sine aliqua scriptura coram septem testibus rogatis, & adhibitis, nuncupet suā voluntatē .i. nuncupet hęredis nomen, l. hæredes palam, ff. de testam. nomen capiens à nuncupando, et sola nuncupatione perficitur, & licèt videamus huiusmodi testamenta noncupatiua ferè semper in scriptis redigi à publicis Notarijs, tamen scriptura ipsa non interuenit ad actum ipsum testificandum, & solemnizandum, sed fiunt huiusmodi scripturæ, vt id quod actum est facilius probari possit, vt loquit Corneus in leg. hac consultissima §. per nuncupationem, C. de testam. et per Platcam, in §. fin. num. 37. infra eod. tit. nostro, vt in simili habemus in l. contrahitur, ff. de pignor. vbi hypothecę obligatio contrahitur nudo consensu, vt ibi dicitur: fiunt tamen scripturę. Respondet I.C. vt quod actum est, facilius probetur. Ratio est: quia actus non potest consistere sine scriptura; Ad idem est text. in l. pactum quod bona fide, C. de pact. est glos. infra, de empt. & vend. in princ. in verbo, conficiuntur, & de hoc dixit Rolandin. in tract. de testament. in Rubr. 62. num. 2. et de hoc testamento habetur in l. hac consultissima, §. per nuncupationem, C. de testam. & in l. hæredes palam, ff. eod. est text. in §. fin. infra eod. & de hoc testamento nuncupatiuo plura congerit Ioan. Durant. in tract. de testam. Rub. 2. Cautela 1. nu. 2. Afflictus in Decis. 143. num. 6. Iacob. de Puteo, in cons. 125. num. 2. tomo 1. consiliorum vltimarum voluntatum. Socin. iun. cons. 62. nu. 6. vol. 4. & in cons. 71. nu. 6. eod. vol. Parisius cons. 10. num. 2. tomo 3. Connan. in declarat. iuris ciuilis, lib. 9. cap. 1. num. 4. Moderni Vltramont. hic. nu. 11. Campius, nu. 42. Bell. nu. 14. & Port. nu. 10.

115 Differt autem hoc testamentum nuncupatiuum à testamento solemni in scriptis, quia in illo testator celat testibus suam voluntatem, in hoc autem non. Requiritur ergo vt in hoc testamento nuncupatiuo septem testes sint adhibiti & rogati. Istud tamen fallit in testamento facto inter liberos. Est autem testamentum inter liberos, quando pater condens testamētum, nullo extraneo instituto, tantum instituit filios, & in hoc testamento sufficiunt duo tantum testes, l. hac consultissima, §. ex imperfecto, vbi glos. C. eod. l. fin. C. famil. erciscund. Ioā. Durāt. in tract. de arte testandi, Caut. 2. nu. 8. etiam qđ adesset fęmina, glos. & DD. in Auth. Quod sine, C. de testam. Et ratio est: quia hoc testamentum est liberum à solemnitate iuris ciuilis, Paul. Castr. cons. 93. num. 2. parte 1. sed dicitur satis solemne, quando adsunt duo tantum testes. Ruin. cons. 9. num. 2. tomo 2. Socin. iun. cons. 64. nu. 9. vol. 4. & in cons. 144. nu. 42. vol. 2. Alex. cons. 146. num. 5. lib. 2. Si verò vnà cum filijs esset instituta aliqua alia persona, tunc testamentum non valet respectu personę extranei, sed benè respectu filiorum. Optimum est consilium Socin. iun. in cons. 137. num. 1. & 2. vol. 1. facit l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam. Ampliatur, quod hoc testamentum habeat locum inter filios legitimatos, dummodò adsint tres testes. Bald. in capit. de causis, de offic. delegati. dixit Ruinus, in cons. 192. nu. 2. vol. 2.

116 Intelligitur tamen valere tale testamentum inter liberos, cum duobus testibus, quando filijs aliquid esset relictū iure institutionis, aliàs non valeret, vt p Ruin. cons. 15. num. 16. lib. 2. & in cons. 136. nu. 3. lib. 1. hocque non vitiatur, ex eo, quod non fuerit recitatum per notarium, nec viua voce testatoris confirmatum, Socin. iun. cons. 64. num. 2. vol. 4. Hocque testamentum si habeat Clausulam derogatoriam ad sequentia testamenta, non tollitur deinde per subsequens testamentum inter liberos, etiam quod in secundo sit adiecta Clausula non obstante, ita cōsuluit Ruin. in cons. 9. nu. 3. tomo 2. imò etiam non tolleretur, quando in princ. non esset apposita Clausula derogatoria. Et ratio est: quia testamentum hoc tacitè Clausulam derogatoriam habere dicitur. Socin. iun. cons. 145. num. 18. & in cons. 148. num. 3. vol. 2. Alex. cons. 105. nu. 6. lib. 7. dixit Parisius in cons. 74. nu. 10. tom. 2. hoc tamen intelligatis, habere Clausulam derogatoriam ad sequentia testamēta facta inter extraneos; & ideo, ad hoc vt tollatur, necesse est quod in indiuiduo fiat mentio illius Clausulæ derogatorię, secùs verò per secundum factum inter liberos, tollitur primum absque eo, quod fiat mentio Clausulæ derogatoriæ, ita dixit Ruinus, cons. 9. nu. 1. cum sequent. & in cons. 10. per totum, vol. 2. & hanc materiam Clausularum derogatoriarum per quas testamenta tollantur, vel non, explicauimus in Rubr. de adempt. legat.

117 Secundo limitatur in testamento facto ad pias causas, in quo etiam duo sufficiunt testes, & quandoque tres, dummodò sint rogati, text. est in cap. cum esses, extra, de testam. l. fin. §. sin autē, C. eod. Socin. iun. cons. 144. num. 38. vol. 2. & Socin. sen. cons. 5. num. 11. lib. 3. tale enim testamentum nullam solemnitatē requirit. Corneus cons. 166. nu. 1. vol. 3. Paul. Castr. cons. 93. num. 2. pat. 1. & Alex. cons. 131. nu. 2. lib. 2. & licèt tale testamentum non fuerit lectum, nec publicatū, valet, & tenet. Socin. iun. cons. 144. nume. 43. vol. 2. dixit Boerius in decisio. 9. & in decis. 113. nume. 10. part. 1. Corneus cons. 307. nu. 1. vol. 3. Et hoc testamentum censetur habere Clausulam derogatoriam ad sequentia testamenta, vt traditur per Socin. iun. in cons. 185. num. 35. vol. 2. vndè ad illud reuocandum, requiritur expressa reuocatio, vt per eūdē in d. cons. nu. 41. deque hoc testamento ad pias causas nonnulla congerit Ioan. Durant. in d. tract. de arte testandi, Cautela 2. tit. 2. nu. 1.

118 Tertio fallit in testamento facto coram parrochiali ipsius testatoris, duobus testibus adhibitis, quod valet, etiam quod non sit factum ad pias causas, cap. cum esses, de testament. Speculat. in tit. de

instrum.

instrum. edit. in §. compendiosè, vers. item per ius Canonicum, Zabarell. in cons. 73. Bald. cons. 79. lib. 5. Imola & Abbas, in d. cap. cum esses, de testament. & est communis opinio, de qua per Corneum, in cons. 261. col. fin. lib. 4. Declaratur hoc tamen procedere, quando esset talis Parrochianus, cui esset commissa vniuersæ Parrochię cura, aliàs si esset factum coram simplici Sacerdote, non valebit testamentum, Ita DD. in d. cap. cum esses.

119 Quarto fallit in testamento facto in terris Ecclesiæ, in quo de iure Canonico sufficiunt duo tantum testes. ita tenuit Bald. in cons. 404. lib. 4. qui dicit hanc esse opin. communem. Pro hoc facit text. in d. cap. cum esses, quia in ore duorum, vel trium stat omne verbum, vt ibi habetur. Sed tamen magis communis opinio verior est, quod in tali testamento debeant esse quattuor testes, & ab hac non esse recedendum ait Corneus in cons. 261. in fine & Decius in cons. 284. & sequuntur hanc opinionem omnes Canonistæ in d. cap. cum esses.

120 Quinto fallit in testam. facto tempore pestis, in quo sufficiunt quinq; testes; quod est verum, quando pestis esset contagiosa, & notabilis, ita firmant Bald, Salicet, & Ias. in l. fin. C. de testament. Ang. Aret. infra eod. §. fin. & in tractatu de testam. vers. nuncupatiuum. Alex. sibi contrarius, in l. 1. col. fin. ff. de liber, & posth. & Barbar. in cap. cum esses, extra de testament. col. 8. Port. infra, de testam. mil. §. 1. qui vult, quod valeat testamentum etiam cum duobus testib. tantum. Hanc eandem opin. tenuit Corneus, quod s. quinque testes sufficiant, in cons. 298. col. pen. vol. 1. Albert. Brun. in tractatu de forma, pag. 64. & 75. pro hac etiam opin. consuluit Dec. in cons. 284. Hanc opin. tanquã magis equam tenuerunt Paris. in cons. 32. nu. 3. cum seq. part. 2. Et de magis cõmuni opin. testatus est Dec. in d. col. & Parisius in loco citato. Ratio autem est: quia necessitas excusat à solemnitate, arg. l. fin. C. de testam. dixit Roman. in l. si verò, §. de viro, ff. soluto matrim. Felin. in c. 2. in fine, extra de Constit. & ideò non est necessaria scriptura; vndè fit, quod & priuata persona poterit scribere testamentum, vt tenuit Speculator, in tit. de instrum. edit. §. attento, vers. quod autem, nu. 35. Bart. in l. alimenta, num. 3. ff. de aliment. & cibar. legat. dixit Dec. cons. 454. nu. 12. imò, si manu serui conscriptum sit, valebit, l. seruus, ff. de testam. Paul. Castr. in d. l. hac consultissima, nu. 1. C. eod. Contrariam tamen opin. quod imò testamentum factum tempore pestis cum minori numero septem testium, non valeat, nec teneat, tenuit Bart. in l. 1. ff. de bon. poss. ex testam. mil. Barbatia, in Rubr. de testam. Alexand. in cons. 70. col. fin. lib. 2. Socin. sen. in cons. 75. vol. 4. qui dicit hanc esse comm. opin. & pro hac opin. fuit iudicatum, vt per Afflictum, in Decis. 75. Tamen ego existimo veriorem esse primam opin. quam omnes ferè alij tenuerunt; Et de veritate huius dubij articuli, videtote Consilium Decij in cons. præallegato, 284. & Paris. in d. cons. 32. vol. secundo. qui ad partes disputant hanc pulcherrimã quæstionem, & tamen videntur absque dubio illam amplecti opin. quod valeat testamentum prædictum, si sit factum coram quinque testibus.

121 Sexto fallit in testamẽto facto ruri vel à rustico, in loco vbi copia testium non habetur, valet. n. cũ minori numero septem testium, nempè, cum quinque tantum, ita dixit Afflictus, in Decis. 75. num. 2. consuluit Parisius in cõs. 32. num. 2. cum sequẽt. vol. 2. est text. & ibi notant Doctores in d. cap. cum esses, de testam. licèt nonnulli contrariam opin. tenuerint, quod non valeret. Et adeo vera est, quod siue rusticus testetur in scriptis, siue non semper sufficiunt quinque testes. Ita dixit Iulius Clarus Alexandr. in tractat. de testament. quęst. 56. est tex. pro hoc in l. fin. C. de testam. Hanc esse commun. opin. dixit Ias. in d. l. fin. nu. 2. Boerius Decis. 328. num 10. Declaratur tamen hoc procedere, quando rusticus esset testator, & esset ruri, requiruntur enim hæc duo copulatiuè, aliàs non valeret & ideo si rusticus in ciuitate, vel ciuis ruri conderet testamentum cum quinque testibus, non esset validum, secundum opin. communem de qua testatur Iul. Clar. Alexandr. d. loco, & Boer. in d. Decis. 328.

122 Septimo fallit in testamento facto coram Imperatore, vel Principe, vel coram Iudice apud acta, tunc non requiruntur aliqui testes, vt est text. in l. omnium, & ibi Bart. num. 1. & Ias. super glos. in verbo, testibus, C. de testam. Ratio est: cum præsentia Iudicis, vel Principis, vel Imperatoris sufficiat, & suppleat omnem solemnitatem, licèt Bart. in d. l. omnium, dicat, quod duo testes interuenire deberent, cuius opinio est magis communis, de qua testatur Socin. iun. cons. 138. num. 10. lib. 1. à qua dicit in consulendo & iudicando non esse recedendum, & Didacus Couarruu. in Rub. de testament. in 2. part. num. 11. tenuit Iul. Clarus d. loco, scilicet in quæst. 56.

123 Octauo & vltimo limitatur in testamento Cæci, in quo requiritur numerus maior septem testium, videlicet octo requiruntur testes, sed benè verum est, quod Notarius potest esse loco testis; si verò non adest Notarius, vocãtur octo testes: nam octauus est in loco Notarij. l. hac consultissima, C. de testam. & in hoc plures requiruntur solemnitates, videlicet, quod vocet notarium, vel alium scribentem testamentum, deinde septem testes, qui debent subscribere ipsum testamentum, & sigillare, postmodum debet exprimere nomen hæredis, & omnia legata, & fideicommissa ab ipso facta, & hoc testamentum est simile testamento solemni; Quas solemnitates latè prosequitur Rolandin. in tract. de testam. in Rubr. 60. Nonnulla habentur per Ruin. in cons. 68. num. 1. tomo 2. et in cons. 24. num. 10. eod. volum.

124 Et hoc testamentum videtur habere quattuor specialia, quibus mediantibus ab alijs dignoscitur. Primum est, quod siue sit cęcus à natura, siue ex accidenti, non potest facere testamentum in scriptis & solẽne, sed nuncupatiuè tantũ; Et ratio est: quod non possit videre litteras, secùs in alijs personis, qui possunt testari & in scriptis, & nuncupatiuè. Secundum est, quia licèt non possit testari in scriptis, tamen debet adhiberi notarius, vel alius qui testamentum redigat in scriptis, secùs in alijs, qui possunt testari sine Notario, & quod testamentum redigatur in scriptis; sed sufficit, quod nomen hæredis co-

dis coram eis nuncupetur, l. heredes palam, ff. de testament. tertium speciale est, quia requiritur quod postquam testes erunt rogati in præsentia Cæci, dicatur eis causa ob quam congregati sunt, videlicet, quod Cæcus vult testari, vt sint testes: secùs in alijs: quia non est necesse ista verba dicere testibus, sed sufficit quod coram eis testetur, & quod rogentur, l. in testis, de testam. Quartum & vltimum est speciale, quia licèt testamentum sit nuncupatiuum, est tamen necesse quod testes se subscribant in instrum. publico, sicuti in testamen. in scriptis, non sic in alijs: quia sufficit quod Notarius attestatur de illorum præsentia, vt quotidie fit. est glos. in Auth. de hæred. & Falcid. §. si verò. Et hæc prædicta specialia colliguntur ex l. hac cõsultissima §. at cum humana, C. de testam. prosequitur illã Paul. Castrens. ibi, in princ. nu. 2. cum sequent. Plura cumulantur per Interpretes in tract. de testament.

Et hæc dicta sint quantum ad primum genus testamenti, quod Paganicum dicebatur.

125 Secundum genus est testamenti, quod militare appellatur, idest quod miles facit, quod & ipsum alio nomine priuilegiatum fuit nuncupatum, & in hoc testandi genere tria tempora considerantur, videlicet, tempus quo milites domi, vel alibi extra militiam degunt, tempus quo degunt in castris, & sic in ipsa expeditione, & tempus prælij seu conflictus cum ipsis hostibus Populi Romani: nam & in his tribus temporibus quis consideratur miles, vt per Scribentes infra in Rubr. de milit. testamen.

Quod attinet ad primum tempus, videlicet, quando degunt extra expeditionem, tunc necesse habent testari solemnitatibus seruatis perinde ac si non essent milites, secundo tpe, videlicet, qñ sunt in Castris, & in expeditione, tunc requiritur ad minus vt adsint duo testes rogati, cum habeant tempus & commoditatem rogandi, vt est bona glos. in l. Diuus, in verbo, cõuocatis, ff. de milit. testam. glos. in l. 1. in verbo, nuda, eod. tit. vel satis esset si duo adessent testes non rogati, vt j. de milit. test. tertio tempore, s. quando sunt in conflictu, & in extremo vitæ periculo constituti: possunt quoquo modo testari, siue in clypeo, siue in vagina, literis suo sanguine rutilantibus vel in puluere, dummodo illa dispositio taliter scripta probetur ad minus p duos testes, qui deponant, quod talis voluntas in rei veritate fuerit illius militis, qui in prelio vita functus est, l. milites, iuncta glos. C. de milit. testam. & glos. in d. l. 1. in verbo, nuda. Et hæc sint quæ ad militare testamentum pertinebant. De priuilegijs autem militibus in testando concessis plura cumulauimus in responso in materia ademptionis legati, reddito per nos in causa illustrissimi D. Ioannis Vincentij Vitelli quod apposuimus post titulum de adimend. legat.

126 Quinto loco iuxta ea quæ polliciti fuimus, peragendum est quænam sit causa testamenti; Et cum ad vnamquamque rem introducendam quattuor causæ concurrere debeant, videlicet, Efficiens, Materialis, Formalis, & Finalis, vt per Bald. in Rubr. C. de rescind. vend. latè per Brunum, in tract. de forma, in princ. & illarum meminit Stephan. de Federigis, in tractatu de interpret. iuris, par. 1. numer. 144. & in tractatu de vtraque potest. cap. 4. num. 2. ideo videndum est, quænam testamenti sit causa Efficiens, Materialis, Formalis & Finalis.

Quod ad primam causam, s. efficientem, pertinet, nonnulli ex Nouissimis dixerunt causam efficientem testamenti esse personas, quæ testari non prohibentur, considerando testamentum in indiuiduo, prout testamentum factum à Sempronio, à Titio, & à Mæuio, & sic omnes qui testari non inueniuntur prohibiri expressè, cum regulariter quilibet possit testari, l. ab ea, ff. de probat. tradit glos. & Bart. in l. si quæramus, ff. de testam. illi in quam dicuntur esse causa efficiens testamenti. Qui autem prohibeantur testari, traditur per Abbat. & alios, in Rubr. extra de testam. est integer tit. infra, quibus non est permiss. fac. testam. & ibi Aretin. Fab. & alij.

Sed hæc resolutio non est admittẽda: quia quando nos consideramus Causam efficientem testamenti, illud consideramus in Abstracto & in genere, non autem in Concreto, & in indiuiduo, esset autem vera d. opin. si caperemus testamentum in specie, quoniam tunc vnicuique clarum est, ipsius testamenti causam efficientem esse personas testantium. Hac igitur omissa,

Dicendum est, causam efficientem illius fuisse & esse ipsum ius ꝙ originem dedit huic testamento: & hæc est ratio communi calculo comprobata tum hic, tum in Rubr. extra eod. tit. Sed cum ius sit in triplici differentia, Naturale, Gentium, & Ciuile, §. fin. de iustit. & iure, dubitatur, quale ius ex illis inuenerit testamentum. Pro cuius discussione
127 ego constituo tria Capita. Primum est, An testamentum sit de iure naturali primæuo. Qua in re concludendum est pro parte negatiua, quod non, quia illud ius naturale primæuum erat commune omnibus animantibus, & rationalibus, & Brutis, atque etiam omnia erant communia, ita, quod homines de quo testarentur minimè habebant, arg. text. Auth. Ingressi, C. de sacros. eccles.

Itaque ex his apparet malè loqui Portium hic, dum dicit, quod eo iure bona ex benedictione paterna conferebantur, ponendo exemplum de Isaac & Iacob, vt legitur in veteri testamento: hoc enim ridiculum est, vt animaduertit etiam Vigl. hic, ex quod adhuc nullæ erant Cõstitutiones inter homines; Et quod de hoc iure testamentum non fuerit introductum, tenet Bell. hic, nu. 4. firmat Bart. in l. interdum, ff. de cond. indeb. ita in simili de obligationibus tenuit Socin. in Rubr. ff. de verb. oblig. nu. ... hãc tenuit Ozer. hic, nu... & Tob. nu. 5. & Canonistæ in Rubr. extra eod,

Vnum tamen non omitto, quod Mod. Bonon. In Rub. de leg. 1. nu. 2. tenuerunt Opin. cõtrariam, quod imò de iure naturali primæuo esset inductum testam. & mouetur hac ratione, videlicet, permissum est de iure Romanorum militibus, vt possint testari omissa ciuili solemnitate, secundum ius gentium, l. 1. de milit. testam. & infra de milit. testam. in princ. quod permitti eis non potuisset nisi quoque testandi facultas cum sua solemnitate eodem iure introducta fuisset. Quæ rõ confirmatur secundum eos: quia antiqui quoque Medi, Chaldæi, Arabes,

Arabes, & Graeci, testamenta condiderunt, vt historiae testantur, ergo. Sed haec opinio illorum est erronea: nam licèt esset militibus concessum testari sine solemnitatibus secundum iuris gentium formam, intelligatis secundum ius gentium secundarium, de quo iure fuit adinuentum meum, & tuum, non autem de iure gentium quod uigebat apud homines de primaeuo iure naturae. Praeterea, si de illo iure primaeuo omnia erant communia, quomodo Chaldaei, Arabes, & Medi, testamentum condiderunt, si non habebant aliquid proprij, vt id relinquere possent? reiecta ergo illorum opinione,

128 Videndum est de secundo Capite, nunquid testamentum sit de iure gentium primaeuo, quod idem est dicere, quod de iure naturali secundario, cum vnum & idem sint, §. singulorum, supra, de rer. diuis. diximus nos latissimè anno superiori in Commentarijs ad principiū tituli de obligat. sub nu... vbi defendimus opin. contra communem, vnicum scilicèt esse ius naturale, vnicumque ius gentium, non duplex, Pro parte igitur affirmatiua, quod testamentum sit de iure gentium primaeuo, seu de iure naturali secundario,

Primo deducitur text. in l. fin. C. quorū bonorum, vbi dicitur, quod vir excluditur à bonis intestatae vxoris, superstitibus consanguineis, cum prudentum omnia Responsa, & lex ipsa naturae, successores eos faciat: ecce, quod iure naturali secundario erant successores, & per consequens, testamentum eo iure introductum erat,

129 Sed quoniam veritas huius inspectionis est in contrariū, ideo ad hunc text. respondet Bell. nu. 5, illum text, loqui ab intestato, non ex testamento, vt ex illis verbis intestatae vxoris. Vnde ille text. non probat eo iure inuentum esse testamentum,

Sed haec Responsio Bell. est reijcienda: nam licèt ipse in hoc verum dicat, quod text. ille loquatur ab intestato, & non ex testamento, tamen praesupponere videtur in hac sua responsione, quod de iure naturali secundario, vel iure gentium primaeuo esset successio ab intestato, quod quidem falsum est: quia vt supra declarauimus, de hoc iure gentium primaeuo erant communia omnia, et non erat adinuentum meū, & tuum; Item nullae erant Constitutiones seu Leges inter homines; vnde patet, quod adhuc non erat successionis modus ab intestato inuentus, ergo malè loquutus est Bell. Respondendo ad hunc text,

Vndè vera est responsio ad illam legem, videlicet dum text. ille inquit, & lex ipsa naturae eos successores facit, idest quod non solum Responsa Prudentum eos facit successores, sed etiam ratio naturalis: non tamen vult text. ille successionem ab intestato esse de illo iure naturali introductam, quia hoc esset ridiculum, & ita intelligit illum tex. Bart. in l. lege, C. de legit. haered. allegando l. pronunciatio, §. familiam, ibi, natura, aut iure, iuncta glos. ff. de verb. signif.

Praeterea, text. ille retorquetur in contrarium, vt supra demonstrauimus in opp. deducta contra Continuationem, ponderando illa verba, Prudentum omnium Responsa, successores illos faciunt, ergo lex ipsa ciuilis. Nec obstant illa verba, Lex ipsa naturae: quia intelliguntur respectu naturalis affectionis, cum omnibus hominibus à natura insitum sit, vt potius suae familiae quam alijs bona relinquant, non quod ius gentium hoc introducat. Item, dato, quod illa verba acciperentur pro iure naturali, tamen etiam non probant, quia sunt verba enunciatiua, quae non disponunt, l. qui familię, ff. famil. ercisc. Praeterea, & tertio illa verba intelliguntur non pro successione haereditaria, sed pro successione quae fit per carnis propagationem, siue per sobolem, & sic pro carnali coniunctione, vt sentit gl. in d. l. pronunciatio, §. familię, vbi exponit, s. naturali coniunctione interueniente, Videtur etiam de hoc simile in §. 1. supra, de nupt. vbi si filijfamilias contrahant nuptias, requiritur consensus eorum in quorum sunt potestate, quia & ciuilis & naturalis ratio hoc dictat: tamen non sequitur, quod illa adhibitio consensus sit inducta de iure naturali, cum eo iure adhuc non esset patria potestas, cum inuenta fuerit de iure ciuili, §. ius autem, supra, de patr. potest. Vnde dicendum est, quod naturalis ratio et lex hoc introduxit. Et similis expositio accomodatur textui in l. 3. ff. cōmod. vbi licèt de rigore iuris pupillus non sit obligatus, tamen illa actione tenetur si factus sit locupletior. Ratio est: quia aequitas hoc patitur, l. iure naturae, ff. de reg. iur. iccirco actionem commodati, quae datur ibi suadente naturali ratione, de iure naturali inductam esse dicendum videretur: quod tamen est falsum. Et de hoc, quod scilicet lex deferat mediante naturali ratione, videmus in ipsis statutis, quę loquuntur de successionibus quae suadente ratione quondie mutantur, vt dicit Bald. in d. l. & sic ille text. non obstat,

130 Secundo pro opinione affirmatiua, quod testamentum sit de iure gentium primaeuo, deducitur text. in capit. ius naturale, iuncta glos. prima distinct. dicitur enim ibi. Ius naturale est commune omnibus, prout est foeminae coniunctio, & liberorum successio, & quę sequuntur; & sic successio est de iure naturali secūdario, prout gl. ibi dicit, q. tex. ille potest intelligi de successione illa, qua liberi de iure naturae succedunt parentibus.

Respondeo, illum text. procedere prout declarat ibi glos. in prima expositione; dum dicit, successio liberorum, idest propagatio; Quae responsio confirmatur per supradicta à nobis, cum eo tempore nullae essent proditae leges; quod apparet expressè ex eo textu dum dicit, quod coniunctio maris, & foeminae, successio liberorum, & educatio, procedunt absque alia constitutione ex solo naturae instinctu, ergo necessario intelligi debet de filiorum propagatione, non de successione, quae procedit ex testamento, vel ab intestato.

Secundo respondeo, quod istud Capitulum habet multos intellectus, & ideò non debet allegari ad decisionem causarum, iuxta doctrinam Bart. in l. in ambiguo, ff. de reb. dub.

Tertio adducitur text. in l. in scripto, ff. vnde liberi, & in l. nā etsi parentibus, ff. de inoffic. testam. & l. cum ratio, ff. de bon. damnat. vbi ratio naturalis defert haereditatem filijs,

Sed

Sed his, & similibus legibus respondetur, quod imò est lex ciuilis quæ defert hæreditatem, dictante tamen naturali ratione: non autem, quod de iure naturali, vel gentium primæuo succedere deberent filij suis parentibus, vt supra, de hæred. quæ ab intest. defer. §. intestatorum.

Item & secundo dicatis, quod omnes illæ leges loquuntur ab intestato, ergo non probant in casu de quo quærimus.

Quarto facit id quod tradit glos. in l. quoties, de hæred. instit. in verbo, alium, vbi dicit, quod Iacob Patriarcha fuit hæres Isaac, & tamen adhuc non erat ius ciuile.

Sed ad hoc facilis est responsio, vt dicamus, hoc fuisse de iure gentium secundario, quo iure fuerunt dominia distincta, ergo.

131 Quinto & vltimo, pro hac affirmatiua adducitur Auth. de hæred. & Falcid. §. primum itaque, vbi expressè hoc probari uidetur, ponderando illa verba posita ibi à Iustiniano.

Respondeo, vt supra, quod lex defert quidem successionem, suadente tamen naturali ratione.

Secundo respondetur, quod ille text. loquitur de iure positiuo, vt per Bald. in l. prima, §. ius naturale, ff. de iust. & iure, & in d. §. primum itaque referuntur alij quam filij, ergo ad hoc, vt vna determinatio respiciens plura determinabilia, pariformiter determinet, leg. iam hoc iure, ff. de vulg. & pupilla. dicendum est omninò, quod illa dispositio sit de iure positiuo, retento tamen hoc, quod illud quod diximus de filijs quibus debetur successio de iure naturæ, quæ succedit in locum alimentorum, procedit ab intestato, non ex testamento, vt habetur per Bald. in d. l.

Tertio possumus dicere, quod in d. §. primum itaque est dictio, (tanquam) quæ denotat improprietatem, & diminutionem, leg. pecuniam, ff. si cert. pet. Bart. in leg. prima, in fine, ff. de offic. eius, ergo illa dispositio propriè est de iure positiuo, vt supra dictum est à nobis.

Vndè concludendum est, vt per Bell. hic, numero 7. eo iure non fuisse introductum testamentum, ea ratione, quia nullæ erant introductæ Leges, & ita homines naturaliter viuebant, eò omnia essent communia, nec erat adhuc meum, & tuum, d. cap. ius naturale, §. distinct. vndè, non erat illo tempore quidquam quod per viam testamenti relinqueretur, & sic per defectum bonorum testamentum minimè condere poterant, vt tradit Maranta, in tract. de Ordine Iudiciorum, in princ. Bart. in l. si quis id, quod, ff. de cond. indeb. cum consocijs.

132 Quapropter, cum testamentum non sit nec de iure naturali primæuo, nec secundario, seu de iure gentium primæuo, Videndum est, an sit de iure gentiū secundario, quo iure & dominia distincta fuere, & cōtractus introducti sunt, l. ex hoc iure, ff. de inst. & iure An verò potius sit de iure Ciuili.

Qua in re, duę fuerunt Interpretum opiniones: prima est, existimantium, testamentum originem traxisse à iure Ciuili, & sit inuentione iuris Ciuilis creatura. Quam opin. tenuit glos. in l. 1. C. de hæred. inst. glos. in l. quidam, in verbo, non habeant, ff. de pœnis, glos. in l. 1. ff. de acquir. rer. domin. & glos. in l. ex hoc iure, in verbo, dominia, ff. de iust. & iure, quarum authoritatem sequutus est Bart. in d. l. ex hoc iure, nu. 3. Bald. in l. decernimus, in fine, C. de sacros. eccles. Fulgos. in l. cum quis, C. de iuris, & facti ignor. Salicet. in l. 1. C. de hæred. inst. eandem tenuit Alciat. in l. Gallus, in princ. ff. de lib. & posth. num. 5. Gulielm. de Benedictis, in repetitione cap. Rainutius, in verbo, testamentum, num. 2. qui dicit, quod ita communiter tenetur. Ita, etiam tenere communiter DD. attestatur Pott. hic, in princ. num. 2. Eādem sequutus est Cato Saecbus, in l. admonendi, nu. 89. ff. de iureiuran. & Barbat. in Rub. extra de testam. nu. 3. Hanc 2 tandem sequutus est Bell. hic, num. 12. Ozer. eod. nu. 1 a. cum sequent. Paul. Castr. in l. 3. ff. eod. nu. 3. In hanc tandem inclinant Tob. in princ. tit. nostri, num. 21. & Picenardus in 8. notab. pag. 24. Sed omissis authoritatibus, videamus quomodo in iure probetur.

Primo itaque ad illam probandam opin. testamentum esse inuentione & origine de iure ciuili, deducitur text. noster, dum inquit Imperator: Sed vt nihil penitus antiquitatis ignoretur, sciendum est, olim duo genera testamentorum in vsu fuisse, quorum altero in pace vtebantur, quod Calatis Comitijs dicebatur: altero, cum in prælium essent exituri, quod procinctum appellabant; Accessit deinde tertium genus, quod per æs & libram dicebatur. Deinde subdit text. sed prędicta quidem nomina testamentorū ad Ius Ciuile referebantur.

133 Modò induco sic: Oratio vniuersalis negatiua, quæ in vno est falsa, in omnibus redditur falsa, l. si is qui ducentā, §. vtrum, ff. de reb. dub. dixit Iacob. de Arena, in tractatu de position. nu. 21. Corras. in l. frater à fratre, nu. 73. ff. de cond. ind. & Ioan. Annibal. in Rub. ff. soluto matrim. nu. 71. sed si diceremus testamentū esse iuris gentium, non iuris ciuilis, hæc oratio vniuersalis negatiua, (sed vt nihil antiquitatis ignoretur) in vno esset falsa, quia non esset relatum genus illud testandi à iure gentium introducti, ergo in omnib. redderetur falsa, quod esset absurdum, ergo est de Iure Ciuili inuentione.

Secundo stringit ille text. in vers. sed paulatim, vbi dicitur ius testamentorum tripartitum esse, & partim referri ad Ius Ciuile, partim ad ius Prætoriū, & partim ad Principū constitutiones; modo, si testamētum esset de iure gentiū inuentū, tunc illiut fecisset mentionem, quemadmodum iuris Prętorij mentionem fecit, & multo magis, cū ius gentium dicatur dedisse originē & principiū testamento, & vniuscuiusq; rei potissima pars sit principiū, leg. 1. ff. de orig. iur. dixit Camillus Vistarinus in Rubr. ff. solut. matr. num. 63. & idem indicatur de principio rei, qd de ipsa re, l. non ideo minus, C. de hæred. inst. Franeisc. Niconitius in d. Rubr. ff. soluto matr. nu. 6. Vndè, cū text. noster non faciat mentionē de iure gentium, dicēdū est, testamentū à iure gentium introductū nō fuisse, sed à iure Ciuili.

Ad idē est text. in §. disponat, in Auth. de Nupt. §. fin. supra, de vsu & habit. & adsunt alia multa iura ibi, ius antiquum testamentorum recitatur, & omnia ad ius ciuile referuntur, ergo. 3

134 Ego

134 Ego aũt, qui hac in quęstione sum insequuturus opinionem contrariam, tanquã veriorẽ, omnibus argumentis solutionem accommodare conabor, ad hoc, vt magis veritas detegatur; Et quantũ attinet ad hũc text. cõmuniter allegatũ, omissis viginti ferè responsionib. paucis ero contentus: & ideo

Primo respondet Tob. hic, nu. 7. in 3. responsione, quod ius ciuile in hoc tex. non ponitur respectu iuris gentium, vt nos loquimur sed respectu iuris Prætorij, cum de iure Prætorio & ciuili tantũ hic fiat mentio, nã quoties ius ciuile respectu iuris Prætorij ponit, oẽ aliud ius eius appellatione continet quod Prætorium non sit, iuxta text. in §. ius autem ciuile, supra, de iure natur. & in l. doli clausula, ff. de verb. oblig. & per hanc responsionem existimat ipse oẽs ponderationes Modernorum cessare,

Sed hæc responsio nullius est momenti: nam appellatione iuris ciuilis eo in casu veniunt oẽs species iuris ciuilis, vt est text. in d. §. ius autem ciuile, commune .n. & regulare est, ꝙ appellatione generis veniãt oẽs species illius generis, præter illas, quę ab ipso genere exemptæ sunt, non aũt veniunt species alterius generis; At si diceremus, quod appellatione iuris ciuilis respectu iuris Prętorij veniret etiã ius gentium, tunc loqueretur quod appellatione vnius generis veniret species alterius generis, quod esset inconueniens.

Nec obstat, si tu obijceres, quod non est inconueniens: nam nos videmus, quod appellatione iuris ciuilis veniũt obligationes iuris gentium, & sic species alterius generis, tex. est in §. omnium, infra, de obligat. nã ego respondeo, quod veniunt, quoniam illæ obligationes iuris gentium sunt à iure ciuili comprobatæ, vndè, respectu approbationis dicentur ipsæ quoque ciuiles, vt ex lectura illius tex. apparet, ideo illa omissa,

Respondeo vltra DD. quod ibi Iustinianus voluit declarare totam iuris ciuilis antiquitatẽ, non iuris gentium, de quo hic meminisse non constat: & quoniam illa tria genera testamentorũ (quo ad ius ciuile spectat) erant antiquiora, ideò illa recensuit Imperator, sed non propter hoc, quod ipse neget testamẽtum à iure gentium inuentũ antiquius illis prioribus fuisse, vt in simili fecit de obligationibus in princ. vbi asserit, quod omnium obligationũ summa diuisio hæc est; Aut .n. sunt ciuiles, aut sunt Prętoriæ, tñ non p hoc excludit, quin etiã de iure gentium essent obligationes: sed ibi loquitur quo ad originem iuris ciuilis tantum, fateor benè, quod ibi ius gentium excludatur quo ad illa tria genera, non aũt simpliciter & vniuersaliter. Et hæc videtur meo iudicio resolutio ad illum text. in quo quamplurimi ex nostratibus se torquent.

Secũdo deducitur per Ozer. & alios, tex. in l. verbis legis, ff. de verb. sign. vbi habet verbis legis xij. tab. Vti quisque legasset rei suę ita ius esto. Latissima enim potestas tributa videtur, & hęredes instituendi, & legata dandi. Si ergo facultas instituendi hæredes est à legibus xij. tab. ergo et facultas testandi, & sic à iure ciuili, cum hæres non possit institui nisi in testam. & sine hæredis institutione testamentum est nullum, imò testamentũ non est, §. ante hæredis institutionem, ĩ. de legat. §. 1. ĩ. de fidei commiss. hæred. dixit. Corneus cons. 161. num. 4. vol. 2. cũ concordantib. Confirmatur per Barbat. in Rub. ext. eod. nã, si de iure gentiũ fuisset introductũ, verisimiliter, Iurisc. retulisset ius gentium, sicuti retulit ius xij. tab. ergo est de iure ciuili, cui arg. secundum Ozer. hic, nu. 30. non potest respõderi:

135 Ego tamen hoc argumentum parui facio, et pro liquido patet responsió, nam non valet consequentia, fuit aliquid permissum à legibus xij. tab. ergo non erat antea introductum de alio iure, quia non est nouum, vt lex aliquid inducat quod antea erat inductum, vt patet per simile l. 1. vbi gl. in verbo, dedit, ff. ad l. Falcid. nam certum est liberam legandi facultatem esse hominibus concessam ea legib. xij. tab. d. l. verbis legis, tamen ibi dicitur, hoc permissum esse ex lege Falcidia. Item certũ est, furtum fuisse prohibitum de iure gentium, & de iure diuino, tamen hoc prohibitum esse de iure ciuili dicit Imperator, in §. furtum, infra de obligat. quæ ex quasi contrac. Confirmatur hæc responsio ex l. obucoire, de verb. signif. de qua infra.

Secundo respondeo, quod lex xij. tab. confirmat id quod antea erat de iure gentiũ inductum: quia ante illam legem xij. tab. poterant etiam homines de omnibus suis bonis disponere, nihil enim magis conuenit ęquitati naturali, quam de suis rebus ad libitum disponere, l. qua ratione, §. hæ quoque, ff. de acquir. rer. domin.

Tertio respondeo, quod testamentũ est nullum sine hæredis institutione, accipiendo testamentum vt hodie est formatũ: sed prout olim erat, non procedit id ꝙ dicitur de hęredis institutione: qa sufficiebat corpe quomodocunq; disposuissẽt de reb. suis.

Nec obstat id quod dicebat Barbat. quod non fecit mentionem de iure gentiũ, sed de lege xij. tab. tantum; nam respondetur, quod cũ lex xij. tab. dederit formam, voluit denominare causam confirmantem, non autem causam originariam, cum ipsa respectu formæ potentior videatur, argumento l. Iulianus, ff. ad exhiben.

136 Tertio adducitur pro opin. Port. & cęterorum, tex. in §. disponat, in Auth. de nupt. Disponat vnusquisq; vt sibi videbitur, & lex sit illius voluntas sicuti antiquissima lex xij. tab. disponẽs ait; Vti quisque legasset rei suę, ita ius esto, ergo põderãdo illud verbum, antiquissima, datur intelligi, quod ante illam legẽ non essẽt potestas disponẽdi de reb. suis, cum superlatiuũ illud (antiquissima) nullam ante se legem præsupponat, arg. l. vbi autem, ff. de verb. oblig. dicit Ocianus in l. 1. nu. 7. ff. de offic. eius.

Respõdetur primo loco, vt s. in prima respõsione ad l. verbis legis, de verb. signif. secundo respondeo vltra DD. ꝙ ante legẽ xij. tab. nulla fuit lex ciuilis loquẽs de testamẽto, sed non est p hoc cõcedẽdũ ꝙ leges anteriores illud nõ introduxerint. Ad id ꝙ dicitur de illo verbo superlatiuo (antiquissima) est lex xij. tab. ita, ꝙ ante se non habuit aliam legem; Respondeo, quod ante se nullam habuit legem ciuilem, ita antiquissima est, & sic intelligo illam esse antiquissimam respectu iuris ciuilis.

Quarto confirmatur hæc opinio ex §. fin. s. de vsu & habit. vbi dr; Hactenus ea posuimus quibus modis dominia iure gentium acquirantur, modo

videamus, quibus modis iure legitimo & ciuili acquirantur; deinde tractat de vsucap. de testament. & de alijs modis iuris ciuilis, & sic testamentum ponitur inter modos acquirendi de iure ciuili; vndè, sicuti & alij modi à iure ciuili introducti sunt, ita & testamentum inductum esse verisimile est; & hic vrgens est text. secundum Tob. hic nu. 11. & est argumentum Cornei in l. si testamentum, C. de testam. & Barbat. in d. Rubr. ex eod. nu. 3. cui secundum Tob. non potest responderi.

Respōdet ipse sub nu. 13. videlicèt, cogitā, si dici posset, quod ratio sumpta ex hoc text. non concludit: nam quod nos simus hic in solo tractatu acquisitionis de iure ciuili per vniuersitatem, hoc negatur: nam permixtim tractatur ius ciuile, & ius gentium, vt probatur in §. fin. tit. præcedentis, ubi inter modos ciuiles vniuersales dicitur esse modus per hæreditatem, quæ est in duplici differentia ex testamento, & ab intestato; sed successio ab intestato est de iure gentium, ergo in hoc tractatu acquisitionis p vniuersitatem, non solū agitur de modis acquirendi de iure ciuili, sed etiam de iure gentium. Nec obstat tex. in d. §. fin. quia loquitur respectu tractatus acquirendarum rerum singularum §. singulorum, supra, de rer. diuis.

Hæc responsio reijcienda est: quia non est verū, quod permixtim tractetur, & ius gentium, & ius ciuile: nam licèt tractetur ī. de hæreditate quæ defertur ab intestato, tamen non est verum quod hæreditas ab intestato sit de iure gentium, quemadmodum ipse Tob. præsupponit, defertur enim ex lege xij. tab. & dicitur legitima hæreditas, vt infra, de hæred. quæ ab intestato defer. §. 1. cum similibus, & valdè dubium est hoc, vt per Barbat. in d. Rubr. de testam. Præterea, dato non tamen concesso, ꝙ successio ab intestato sit de iure gentiū, vt ipse vult, nihil tamen sequitur, cum non sit verum quod Imperator tractet permixtim ius gentium & ius ciuile: nam quando tractat de hæreditate ab intestato, non considerat amplius illam vt acquisitionem iuris gentium, sed vt creaturam confirmatam & approbatam à lege xij. tab. Addito etiam hoc, quod non valet argumentum sumptum ex successione ab intestato ad testamentum, corruit ergo d. responsio Tobiæ.

Respondeatis vos, quod verum est quod testamentum sit modus acquirendi de iure ciuili per vniuersitatem, respectu solemnitatis adiectæ, cuius causa potest dici portio iuris ciuilis: nam quandocunque addimus, vel detrahimus iuri naturali, ius ciuile dicitur, l. ius ciuile, ff. de iust. & iure, sed secùs ante formam traditam, & hac de re ponitur testamentum inter modos ciuiles.

Secundo respondeo, & fortiùs, quod ille text. quem plurimi facit Tobias, non meretur adduci: nam loquitur de modo acquirendi per hæreditatem testamentariam titulo vniuersali, & ego fateor, quod respectu modi acquirendi sit de iure ciuili, tamen aliud est modus acquirendi per testamentum, aliudque testamentum: nam potest esse, quod testamentum sit de iure gentium introductum, modus autem acquirendi deinde titulo vniuersali per testamentum, sit de iure ciuili, d. §. fin. tit. præcedentis; non enim inter se repugnant hæc duo, vt patet ad sensum.

Quinto mouetur Port. hic, nu. 11. & post eum Barbat. in d. Rub. ext. eod. per l. hæreditas, in princ. ff. de petit. hæred. vbi dicitur, quod hæreditas est nomen iuris, exponit glos. idest ciuilis, cum in textu non aperiatur de quo iure fiat mentio, §. sed quoties, supra, de iure natur. si hæreditas est de iure ciuili, ergo necessario, testamentum quod sine hæreditate esse non potest, l. eius, §. fin. ff. de testam. §. fin. & pen. infra, de codicillis, dicetur de iure ciuili.

Respondetur, quod text. ille non probat id ad quod allegatur: nam ibi non dicitur, quod hæreditas sit nomen iuris, sed quod hæreditas etiam sine corporibus, iuris intellectū habet, fuerat enim ibi dubitatum, nunquid aduersus eum qui iura alicuius defuncti possidebat sine corporibus, posset agi petitione hæreditatis: & quia quæstio pendebat ex hoc, nunquid in solis iuribus sine corporibus consisteret hæreditas, ideò determinat Iurisconsultus, quod sic, dicens, quod secundum leges, hæreditas etiam sine corporibus esse potest. Sed ille text. non probat assumptum glos. verum tamen est illud, & probatur per alia iura, & precipuè habemus text. in quo istud apertè dicitur, C. in l. pecuniæ, la 2. §. 1. ff. de verb. signif.

Secundo, omissis aliorum respōsionibus, potest responderi, quod non per hoc negatur hæreditatem esse de iure gentium, vt iam demōstratum est à nobis in respōsione ad l. verbis legis, & præcipuè, cum istud nomē probetur multis modis esse etiam iuris gentium, vt infra videbimus pro parte contraria & pro nunc est text. in Genesi, in c. 15. vbi habetur quod Deus dixit Abrahæ: qui egredietur de vtero tuo ipsum habebis hæredem.

Tertio dico, ꝙ hæreditas est de iure ciuili, si consideremus illam prout est hodie formata ab ipsa lege, sed secùs est ante.

Sexto confirmatur hęc opinio per Raphael. Cumanū, ex l. ex hoc iure, ff. de inst. & iure, vbi Iurisconsultus enumerando omnes contractus de iure gentium, non meminit de testamento, de quo verisimile est, quod illius mentionem fecisset, si de iure gētiū esset introductū, cum notatu dignū videatur, arg. l. apud Labeonē, §. hoc edictū, ff. de iniur.

Respondetur ea Ozerio hic, num. 30. quod ibi meminit tantum de contractibus, at testamentum non est contractus, ergo.

Secundo, quia non est verū, quod ibi I. C. enumerauerit omnes contractus de iure gentium introductos, quia quam plures alij reperiuntur vltrà illos de quib. ibi non est facta mentio, §. ius autem, ī. de iure natur. gent. & ciuili, vbi ijdē cōtractus enumerantur, de quib. in d. l. ex hoc iure, & demum subdit text. & alij innumerabiles, ergo si de omnibus contractibus de quib. principaliter agitur, ibi non fit mentio, non mirū videtur, si de testamento non sit etiam habita mentio, vnde non obstat.

Septimo adducitur per Barbat. tex. in l. lege obuenire, ff. de verb. sign. ibi, legitimæ hæreditatea, à lege xij. tab. cōfirmatæ sunt. i. datæ sunt: sic interpretatur ipse, & non est mirum: quia vna dictio ponitur pro altera, vt dicit glos. in l. data, ff. de re iudic.

l. has

l. has causas, ff. de cond. & demonstrat. & quod ita debeat exponi secundum eum, in l. 1. ff. de petit. hęred. dixit glos. quæ ita exponit, in l. 1. ff. ad leg. Falcid. in verbo, dedit; si ergo datæ fuerunt, & non confirmatæ, sequitur, quod testamentum sit origine non de iure gentium, sed ciuili.

Respondeo ad hunc text. retorquendo in contrarium, quemadmodum supra fecimus in responsione ad l. verbis legis, in secundo arg.

137 Octauo mouentur Barbat. & cæteri post eum, vrgenti ratione: si verú esset quod testamentú esset de iure gẽtium, sequeretur, quod deportati possent condere testamentum, & ex eo lucrum percipere, sed consequens est falsum, ergo & antecedens.

Maior probatur: quia deportati amittunt ea quę sunt iuris ciuilis, & retinent ea quæ sunt iuris gentium, l. quidam, in fi. ff. de pœn. iuncta glos. pen. ibi, & l. si mandauero, §. is cuius, ff. manda.

Minor probatur per l. eius qui, §. in insulã, ff. eo. de pęn. vbi deportati nõ possunt condere testamentum, nec ex eo aliquid lucri percipere, l. 1. C. de hæred. inst. & est communis opinio, vt testatur Imola in cap. ingredientibus, nu. 30. extrà, de testam. Mazanta in l. is potest, nu. 123. ff. de acquir. hęre, neque etiam potest in testamento hæres institui deportatus, l. si deportati serui, §. 1. ff. de pęn. l. 1. §, in quibus, ff. de leg. 3. Doct. in l. 1. vbi Alex. num. 11. C. de hæredib. instit. & sic nec actiuè, nec passiuè deportati sunt capaces, ergo sequitur, testamentum esse iuris ciuilis inuentione.

138 Respõdet huic arg. Bauer. hic, vt refert Ozerius nu. 32. & Bell. in 1. quęst. num. 21. videlicet, ꝙ ideo deportati non possunt condere testamentum, non quia testamentum sit inuentum de iure ciuili, sed, quia ius ciuile huic testamento dedit formã, & sic suã effecit creaturam: nam quãdo ius ciuile aliquid addit, vel detrahit à iure gentium, id iuris ciuilis esse dicitur, l. ius ciuile, ff. de iust. & iu. & hac de causa ipsi dicuntur incapaces testamenti, tanquã actus iuris ciuilis; Confirmatur: quia deportati sunt capaces testamenti militaris, quod sine solemnitatibus celebratur, vt in princ. de milit. testam. nullam enim iuris ciuilis formã id requirit, vt per Ias. in l. interdum, num. 4. in fi. ff. de cond. indeb. Et hanc sequitur Viglius hic, nu. 10. in vers. sed prædicta. Ias. in l. si testamentum, nu. 6. in fi. C. de testam. & tandem est communis resolutio Scribentium, quod testamentú, quo nunc vtimur, quo ad formam, esse de iure ciuili, & etiam quo ad inuentionẽ, cum forma sit quæ dat esse rei: non probatur ergo omne testamentú fluxisse à iure ciuili, sed illud tantum, quo hodie vtimur, cuius deportati sunt incapaces.

139 Sed contra hanc Viglij, Bauerij, & Ias. communem responsionem, insurgit Ozer. hic, d. num. 32. quod non est verú, deportatos non retinere ea quæ sunt iuris gentiú, quoties ius ciuile formam accommodat; nam emptio & venditio à iure gentium est introducta, l. ex hoc iure, ff. de iustit. & iure, & ius ciuile emptioni, scilicet in scriptis formam dedit, §. 1. infra, de empt. & vend. & tamen deportati sunt capaces emptionis & venditionis, l. si mandauero tibi, §. is cui, ff. mand. & sic adhuc (vt videtis) viget argumentum, quod testamentum sit de iure ciuili, aliàs deportati possent illud condere.

Sed hæc replicatio Ozerij, tollitur per Vigli. dicto loco: nam emptio & venditio est iuris gentium, cum non solú habuerint originem à iure gentium, sed etiã formam, & nomen, prout est tex. in l. iuris gentium, in prin. ff. de pact. iuxta l. ex hoc iure, ff. de iust. & iu. nec quicquam ius ciuile addidit, vel detraxit, & si aliquo casu addidit, forte in eo casu erit iuris ciuilis, prout est, quando requiritur scriptura, l. contractus, C. de fide instrum. & J. de empt. & vend. in princ. vt in perpetua locatione, siue emphyteusi, vt notat glos. in d. l. ex hoc iure, & licèt ius ciuile contractum emptionis & venditionis approbauerit, non dicitur ex hoc iuris ciuilis, nisi improprijssimè, & largissimè, sed dicitur iuris gentium, prout concludit Ias. in l. legitima, C. de pact. vndè, non est mirum, si deportatus sit incapax emptionis & venditionis, ex quo merè est iuris gentium, non solú introductione, sed etiam quo ad formam, & nomen, vt per Ias. in d. l. legitima, quod secùs est in testamẽto, quod licèt sit inuentione iuris gentium, tamen propter formam & solemnitates dicitur esse de iure ciuili, meritò ergo huius testamenti est incapax deportatus.

Animaduertatis Domini, ꝙ hęc Viglij replicatio non tollit difficultatem: quia etiam ẜm illum, testm̃ esset impropriè de iure ciuili, propter formã illi ab eo traditam, cum ẜm eum, & alios, sit à iure gentiú inuentum, & solum sit de iure ciuili propter formã & traditam, ergo sicuti deportatis non denegantur, alij cõtractus, qui à iure ciuili formam acceperunt, ita etiam non deberet eis denegari factio testamenti, at denegatur, ergo non est de iure gentium, et sic adhuc insolutum remanet argumẽtum.

140 Vera igitur responsio est ad replicationẽ Ozerij, vt dicamus, ꝙ emptio et venditio nullã formam habuit de iure ciuili, simul enim vt conuentum est de precio, hodie etiam sicut olim dicitur contracta emptio & venditio, vt in princip. tit. J. de empt. & vend. nec est verum quod in d. §. 1. eiusdem titu. ponatur aliqua forma à iure ciuili circa ipsam emptionem, & venditionem, sed decidi ur ibi quoddam dubium circa præfatum contractum.

Vel & secundo dicatis, ꝙ ius ciuile dedit formã emptioni in scriptis, vt rei alienę, s. iuris gentiú, quo casu, d. emptio non mutat naturã, & qualitatẽ, non mirú si deportati sint capaces, vt patet in bonorum possess. quę à iure ciuili cõfirmata est & approbata tanq̃ res aliena, s. iuris Prætorij, & ideò dicitur retinere naturã Iuris Prætorij: sed ipsi testamẽto ius ciuile formam dedit, non tanquam rei alienæ, vt erat emptio & vẽditio, & bonorú possessio, sed tãquam rei suę, & ideo testm̃ sequitur naturam iuris ciuilis, emptio verò naturã iuris gentiú: & quia iuris ciuilis deportati sunt incapaces, & iuris gentium capaces, hinc fit, ꝙ possunt contrahere emptionem & venditionem, non autem facere testm̃. Et per hanc responsionẽ tolluntur adducta per Tob. num. 9. in princ. huius tit. de matrimonio, quod licèt non soluatur deportatione, l. sed si vnus, ff. de donat. inter virum & vxor. tamen ius ciuile matrimonio formam dedit tanquam rei alienæ, scilicèt iuris gentium, & ideo matrimoniú sequitur naturam iuris

gentium, cuius deportati sunt capaces.

Vel etiã dicatis, quod licèt non soluatur matrimonium per deportationem, tñ deportatus non poterit postquã erit deportatus, matrimonium iustũ celebrare, cũ iustę nuptię inter ciues tantũ Romanos contrahantur, vt supra, de nupt. in princ. at deportatus cum non sit ciuis Romanus, §. 1. supra, de capit. diminut. ergo & multa impediuntur ab initio fieri, quæ tamen facta tolli non possunt, l. patre furioso, ff. de his, qui sunt sui vel al. iur. cessat ergo Argumentum supra deductum per Port. & alios.

141 Nono ad comprobandam Port. opin. communem, quod testamentum sit origine de iure ciuili, deducitur talis ratiocinatio; Testamentum dicitur esse iuris publici, l. 3. ff. eod. sed ius publicum dicitur esse ius ciuile, §. fin. supra, de iust. & iure, ergo testamentum est iuris ciuilis.

Respondetur ex alijs, quod ius publicum nõ solũ constat ex iure ciuili, sed etiam ex iure gentium, vt probatur, quia publicũ est, quod spectat ad statum rei Romanæ, d. §. fin. & versatur circa sacra, & magistratus, l. 1. §. huius studij, ff. de iust. & iure, sacra autem, & magistratus iuris gentium esse dicuntur, l. veluti, l. ex hoc iure, ff. de iust. & iure, licèt ergo testamentum sit iuris publici, non tamen sequitur, quod sit iuris ciuilis. Secundo Testamentum dicitur esse iuris publici, non inuentione, sed forma & solemnitatibus, vt patet ex l. 3. ff. eod. ibi, testamenti factio non priuati, sed publici iuris est, ideoque forma eius pactis priuatorum nõ eliditur.

Tertio vltra DD. dato, non tamen concesso, quod ius publicũ acciperetur pro iure ciuili, nihilominus, nihil faciunt ad prædicta; quia loquũtur respectu formæ, id quod vbique fatentur DD. quod s. respectu formæ testamentum sit de iure ciuili, licèt respectu originis sit de iure gentium.

142 Decimo argumẽtatur Modat. Patauini, & post eos Tobias in princ. huius tit. nu. 31. Dispositio, qua quis cũ aliena iactura locupletatur, iuris gentium non est, sed potius iuris ciuilis, l. nam hoc natura, ff. de cond. indeb. l. iure naturæ, ff. de reg. iur, sed si pater faceret testamentum extraneum hæredẽ instituendo, tunc hæres cum iactura filiorum locupletabitur: quia filij viuo etiam patre quasi domini rerum paternarũ existimantur, l. in suis, ff. de lib. & posth. §. sed ius quidem, J. de hæred. qualit. & differ. ergo testamentum non est iuris gentium, sed iuris ciuilis.

Respõdetur primo vltra alios, quod arg. illud nõ cõcludit hoc generaliter, quod s. testamentum sit de iure ciuili, sed restringitur ad casum tantum specialem, nempè, quando erit factum testamentum, in quo filij fuerint exhæredati, & extranei instituti, quod possum fateri, non tamẽ inde sequitur, quod generaliter omne testamẽtum sit de iure ciuili, sed tantum illud singulare, continens filiorum exhæredationem.

Secundo respondetur, quod cum iure statutum sit, patrem non posse filium sine iusta causa exhæredare, vt in Auth. Vt cum de appellat. cognosc. quando eueniet is casus, quod pater filios exhæredauerit, tunc non est dicendũ hęredem extraneum institutum, locupletari cum iactura ipsorum filiorum, cum ipsa exhæredatio ipsorum culpa facta videatur: vndè, tanquã indigni filiationis, non considerantur amplius vt filij, addito hoc etiam, quod damnum quod quis sua culpa patitur, non est in consideratione, sed sibi & non alijs debet imputari, cap. damnum, de reg. iur. in sexto.

Tertio respondetur, retorquẽdo argumentum: nam quod quis non locupletetur cum aliena iactura, inductum est de iure gentium primæuo, quod erat fundatum in ęquitate tantum, & ratione naturali, quia de iure gentiũ secundario poterat quis acquirere cum damno tertij, propter captiuitatis causam, §. ius autem, de iure nat. gent. & ciuili, §. item ea, supra, de rerum diuis. argumentum ergo concludit testamentum non esse de iure gentium primæuo, sed secundario, quod vltroneè admittimus.

143 Vndecimo arguit Bell. hic, in 5. quæst. num. 12. & 13. & post eũ Tobias nu. 21. in princ. huius tit. quoties alicui actui ius ciuile nomen, & formam dedit, tunc actus ille à iure ciuili introductus dicitur: patet hoc exemplo stipulationis, quæ licèt in substantia sit de iure gentium, cum non sit nisi pactum, l. 1. §. adeo, ff. de pact. tamen ex quo ius ciuile isti pacto nomen stipulationis dedit, & formã etiã adhibuit, vt infra, de verb. oblig. in princ. tamen stipulatio à iure ciuili introducta dicitur, §. de constituta, infra, de act. sed testamento ius ciuile formam dedit, vt in text. nostro patet, necnon etiam nomen accõmodauit, ex quo nullibi quam iure ciuili cauetur de hoc nomine testamenti, ergo est iuris ciuilis; & per hoc argumentum Tobias recedit ab alia opinione amplectendo hanc; per quod etiam sequutus illam Piccinardus, in princ. huius tit. in 8. Notab. pag. 34.

Ego autem tutando partem contrariam, hoc argumentum quod Nouissimi multi faciunt, ego verè parui facio, & dico, quod etsi ius ciuile dederit formam testamẽto, non per hoc sequitur, quod ipsum inuentione & origine sit iuris ciuilis, nisi quoad formã; ex quo forma est illa quę dat esse rei, l. Iulianus, ff. ad exhib. tamen origine de iure gentium est, vt fatentur omnes scribentes.

Sed dicet aliquis: si forma est illa quæ dat esse rei, ergo ante ius ciuile non erat testamentum? Respondeo: quod ante ius ciuile non erat testamentum ita formatum, & solemnizatum, prout hodie est, sed diuersam retinebat formam.

144 Nec obstat simile de stipulatione: quia dico, quod ante ius ciuile stipulatio nihil erat, sed nedum originem, & formam, sed materiam etiam à iure ciuili recepit, scilicet verba ipsa, quibus concipitur, l. 1. ff. de verb. obligat. de forma patet: quia debet præcedere interrogatio, & sequi congrua responsio, d. l. 1. vbi DD. ff. de verb. oblig. diximus nos in Commentarijs ad Rubr. infra eod. tit. de verb. oblig. Verba denique sunt illa, quæ locum materiæ gerunt.

Ne obstat si dicat aliquis, quod immo ante ius ciuile erat stipulatio, erat enim pactum nudum, & simplex conuentio. Nã respondeo, ex eo pacto non posse inferri ad stipulationẽ, sicuti inferretur ad testamentũ, quando aliquis post eius mortẽ de bonis

ntis suis disponeret. Nec obstat etiam id quod dicitur de nomine, nam in argumentis pro parte contraria deducendis, contrarium constabit, ergo.

145 Duodecimo videtur secûdum Port. Si testamentum esset de iure gentium, sequeretur, quod omnes gentes illo vterentur, & commodum perciperent, cum ius gentium apud omnes gentes custodiatur, §. ius ciuile, vers. quod vero, supra, de iure natur. sed hoc est falsum, quia illo omnes non vtuntur gentes, ergo non est de iure gentium.

1. Minor probatur authoritate Cornelij Taciti, de moribus Germanorum, quem referunt hic Viglius & Tobias, qui dicit testamentum olim in vsu non fuisse apud Germanos; Confirmatur ex l. 1. C. de hæred. inst. vbi peregrini, & extranei, sicut etiam deportati, non possunt aliquid ex testamento percipere, & tamen si testamentum esset iuris gentium, possent, argum. d. l. quidam, ff. de pœnis.

Huic arg. respondet Viglius, quod ideo olim apud Germanos testam. in vsu non erat, quia Natio illa ex qua ipse ortum duxit, adhuc erat rudis, & viri pariter, & fœminæ literas ignorabant, ideò non mirum si testamentum apud eos non erat in vsu, & ex vnius populi, vel gentis vsu, vel non vsu non est aliquid de iure gentium iudicandum, cum nec vna hirundo inquit ipse, Ver faciat.

Contra hanc responsionem insurgit Tobias nu. 22. retorquendo eam in caput illius: nam, ex eo arg. elicitur, quod quemadmodum Germani testamentum non condebant, ita etiâ cæteræ gentes, aliàs enim & Germani condidissent, argum. §. ius ciuile, supra de iure natur. gent. & ciuili.

Ego replico contra Tobiam, quod cum Natio Germanica esset literarum ignara, (teste ipso Cornelio Tacito) & rudis, idcirco testamentum non condebat; vnde ex non vsu illius Nationis non est iudicandum testamentum esse de iure Ciuili, vt dicebat Vigl. qui vult, in hoc honorem ipsorum Germanorum tueri, cum & ipse Germanus esset, & inquit, quod nûc testamentorum plurimus est vsus, & de literis disciplinisque ambiguum nostris cum ipsius Latij incolis certamen; Quod autem ex non vsu ipsorum Germanorum non sit iudicandum, probabitur in rationib. deducendis pro parte contraria, cum & eo tempore alij populi testamento vterentur. Et ne his authoritates repetere cogar, has nunc silentio inuoluo.

Secundo ad argumentum possumus respondere, quod data instantia corruit argumentum, §. parsonum, supra, de rer. diuis. nam refert etiam ipse Cornelius Tacitus in eodem libro, quod apud Germanos pro matrimonio non dabatur dos, & tamen dos erat de iure gentium, vt per scribentes communiter, in Rubr. ff. soluto matrim. ergo argumentum non concludit.

146 Decimotertio pro hac opinione argumentabatur Tobias marte suo, tali medio. Testamentum non antea introduci potuit quam hæredis institutio, cum ipsa sit caput & fundamentum, §. ante hæredis institutionem, infra, de legat. sed hæredis institutio à iure ciuili introducta est, vt probare videtur text. in §. quos autem, infra, de bon. poss. ergo testamentum à iure ciuili est adinuentum.

Sed huic, argum. facilis est responsio: possumus enim primo loco dicere, negando Maiorem propositionem: quia imò potuit introduci testamentum, etiam prius quàm esset introducta hæredis institutio, quia nulla erat per ipsum ius gentium data forma testamento, (vt ait Vigl.) sed tâtum quę rebatur, vt de voluntate constaret, & si haberet eo tempore testamentum formam aliquam, vt ego existimo, tamen non erat pro forma inducta ipsa hæredis institutio.

Nec obstat quod hæredis institutio sit caput testamenti: quia respondetur, quod est caput testamenti ita formati & solemnizati, prout est hodie, non prout erat olim ante ius ciuile.

147 Secundo respondeo, negando Minorem, quod s. hæredis institutio à iure ciuili sit introducta, quia quicquid dixerit Bart. in l. ex hoc iure, de iust. & iure, hæreditas fuit de iure gêtium, vt per Viglium hic, qui dicit, quod alij scribêtes præter Bart. distinguût in hac quæstione inter hæreditatem & testamentû, accipiendo hæreditatem pro simplici successione in bonis, secùs autem est, si accipiatur pro iure succedendi in vniuersum ius defuncti, vt communiter traduût scribêtes in Rub. ff. de acq. hæred.

Neque obst. text. in §. quos autem, quia loquitur respectu Prætoris, qui hærede directum facere non potest, vt ibi dicitur, & scribentes ibi afferunt rationé, vndè non excluditur ius gentium, imò, quoties ius ciuile respectu iuris Prætorij ponitur, omne aliud ius illius appellatione continetur, quod Prætorium non sit, iuxta notata supra in §. ius ciuile, supra, de iure natur. facit text. in l. doli clausula, ff. de verb. oblig. prout diximus etiam circa primum argumétum, ideo quemadmodum per leges fiebât hæredes, ita & per ius gentium, nô ergo excluditur q; de iure gentiû non esset testamentum.

Secundo respondetur, quod in d. §. quos autem, hæres accipitur strictè, ad differentiâ ipsius bonorum possessoris, in §. ante hæredis institutioné, largè pro successore bonorum: potest enim hæreditas duobus modis accipi, vt supra. Nec etiam nouum est, appellatione hæredis venire bonorum possessoré: nâ aliàs sequeretur, de iure Prætorio nô posse fieri testamétû, cû de iure Prætorio hæres posset nô institui, quod tñ est falsum, vt ex eo tex. colligitur.

Tertio responderi potest, quod imò de iure gentiû hęres poterat institui, et hęreditas dari, vt supra probauimus. Non obst. text. in d. §. quos autê, quia licèt ibi includat similes constitutiones, & fictiones ciuile, & per hoc videatur excludere ius gentium, arg. l. cum prætor, ff. de iudic. tamen, ipsum non venit exclusû, cû inclusio vnius, nô fit alterius exclusio, qñ id, quod videtur exclusum, alia via inuenitur inclusum. Dec. cô. 11. nu... par. 1. & in côs. 196, num. 4. Zas. in cons. 13. & in cons. 36. lib. 2.

148 Decimoquarto confirmatur opinio Portij & aliorum; Testari non potest quis fine rebus suis, de quibus velit disponere, sed de iure gentium gentes nihil proprij habebât, sed omnia erant cômunia, ergo nô est de iure gentium ipsa testamenti factio.

Respondetur, quod plus quàm ridiculû est, vt vtar verbis I. C. in l. Domitius Labeo, ff. de testam. qæ est côtra tex. in l. ex hoc iure, ff. de iust. & iur. ibi,

dominia distincta, & sic non est verum præsuppositum Porrij.

Secundo respondetur, quod per hoc argumentum concluditur testamentum non esse de iure gentium primæuo, seu de iure naturali secūdario, quod admitto; sed non per hoc includitur, illud esse de iure ciuili; vndè, stante argumento possumus dicere, illud esse de iure gentium secundario, cum eo tempore dominia essent distincta, d.l.ex hoc iure, §.ius autem gentium, supra, de iure natur.

149 Decimoquinto clarum est, quod hæreditas non acquiritur sine aditione, §.posteriore, Ʒ. quib.mod. test.infirm.cum consocijs. sed aditio est actus iuris ciuilis, vt voluit Barto.in l.1.ff.de acquir.hæred.est tex.in l.actus legitimi,de reg.iur. ergo necessariò testamentum sine aditione nullum operabitur effectū, at hoc non est dicendū, ergo est de iure ciuili.

Respondetur, quod Bart.non firmat hoc apertè in d. l.1. quod aditio non sit de iure gentium, & ad tex. in l.actus legitimi, possumus dicere, quod aditio sit actus legitimus, hoc est, à lege confirmatus, tamen ante ll. ciuiles inuentus & introductus est, argum.l.legitima,ff.de pact.

Secundo respondetur,& melius,quod potest esse,quod istud nomen (aditio) sit de iure ciuili,& ita procedat argumentum, tamen aliud erat nomē per quod designabatur talis actus de iure gentium, patet: quia aliàs de illo iure non fuisset successio,neq; ex testamento, neque ab intestato, quod est falsum, ergo.

150 Decimosexto testamentum non solēne,non est, nec appellatur testamentum, arg.l.hac consultissima, C. de testam. at solēnitates sunt de iure ciuili, §.1.Ʒ.eod. ergo & testamentum.

Respondetur,quod est verum,considerando testamentum prout hodie reperitur, cum forma, & suis solēnitatibus, sed non efficitur per hoc, quod non sit testamentum, in quo non reperiebantur tot solemnitates.

151 Decimoseptimo arguitur: omnis denominatio est à forma,cum ipsa sit quę dat esse rei,l.Iulianus, ad exhiben. sed forma est data à iure ciuili,ergo ab eo fiet denominatio, cum forma sit illa, per quam vnumquodque appellatur tale, l. an inutilis, ff. de acceptil. & ita in circularibus disputationibus fuit argumentatum.

Respondetur, quod duplex est forma, essentialis, & accidentalis, à forma essentiali benè verū est quod sumitur denominatio, sed secùs ab accidentali; modo possumus dicere, ius ciuile formam accidentalem dedisse, non autem substantialem.

Sed animaduertatis,quod hæc responsio non est bona,nec vera: quia forma iuris ciuilis adhibita in testamento dicitur essentialis, cum sit pars testamenti constitutiua, & non sequitur testamentum, sed antecedit, vt patet de institutione hæredis, antiquitus enim cogebatur testator hęredem instituere, sicuti hodie, & ideò non erat testamentum nisi quatenus est vltima voluntas.

Dicatis ergo, quod hoc arg.nihil facit:nam fatentur DD. quod postquā ius ciuile tradidit formā, quod dicitur esse de iure ciuili, sed nos quęrimus de origine,nō de forma; vnde argumentū non concludit.

152 Decimooctauo deducitur: seruus est capax eorū quæ sunt iuris gentiū, Bart.in l.si id quod,nu.2. ff.de cond.indeb. non autem eorum quæ sunt iuris ciuilis,l.seruitutem,l.quod attinet,ff.de reg.iur. sed seruus non est capax testamenti, l.qui testamenta, §.seruus,ff.de testam. ergo.

Respon. seruū etiam capacem eorum quæ sunt iuris gentiū primęui,& sic probatur non esse de iure gentiū primęuo, quod ego fateor, vt ī.dixi, non autem quod non sit de iure gentium secundario.

Decimonono facit, de iure gentium seu naturali omnia erant cōia, nec adhuc erat meum & tuum, ergo non poterat fieri testamentū ratione materiei.

Respondeo, quod non valet consequentia,non aderant bona,ergo non poterat fieri testamentū, tenendo opin.illā de qua Ʒ. videlicet, quod deficiente re hęreditaria, possit nihilominus testamentum condi.

Secundo respondetur,vt ī. per hoc tantum probari testamentum non esse de iure gentium primęuo, seu de iure naturali secundario, sed non per hoc probatur esse de iure ciuili, ergo.

Vigesimo & vltimo, moueor ex Ozerio sub nume.36. tali medio; Si testamentum esset inuentione de iure gentium, tunc Imperator esset imperfectè loquutus, cum de hac origine nullum verbum fecerit, cum cuiusq; rei imperfecta sit oratio si eius omittamus initium,l.1.ff.de orig.iur.ergo.

Respondeo, quod quando Imperator loquutus est in titulo nostro de testamento, intelligebat ipse loqui de testamento formato, & solemni secūdum formam iuris ciuilis, & cum de hoc intelligeret, illius originem explicauit, dum dicit in §.1. huius nostri tituli.sed prædicta quidē nomina testamentorum ad ius ciuile referebantur; si autem loqui voluisset de testamēto rudi & informi, quod iure gentium vigebat, tunc imperfectè esset loquutus, si illius originem non posuisset, ergo argumentum hoc non stringit.

Cum ergo hucusque opinio Port. Bart. & cæterorum Nouissimorum iure non subsistat,

153 Contrariam opinionem, q. scilicèt testamētum inuentione sit de iure gentium, ego veriorē esse existimo, quod tenuerunt omnes ferè illustres viri, maximæq; authoritatis. Eam enim in puncto iuris tenuerunt Theophil. in §. ius autem ciuile, ī.de iure natur.gent.& ciui. Barto. sibi contrarius, in l.interdum, num.7. ff.de cond.indeb. Roman. Fulgos. & Ias.in l.si testamentum,num.6. C.de testam. idem Ias.in Rubr.ff.de acquir.hæred. & in l.ex hoc iure, nu.47.ff.de iust.& iure,& in l.nemo potest,nu.76. de leg.1.qui Ias.in d.l.interdum, num.7.dicit hanc esse opin. communem, & Corneus in d.l. si testamentum, Eandem opinionem sequuti sunt Ioan. Andr. in cap.decernimus, col.2. de senten.excom. Anton. de Butrio, exttā, de testament. Alexand.in Rubr.ff.de acquir.hæred.num.4. Paul. Castren.in l.testari, C. de testam. hanc sequuti sunt Dec. in cons.357.nu.5. & in cons.403. nu.14.par.2. Crauetta in cons.135.num.6. Abbas in cons.1.num.3. vol.2. & Parisius cons.1.nu.49. & num.59.vol.2. Corrasius in l.si testamento,num.15. C.de impub. & alijs subst. Ioā. Annib. in l.nemo potest,nu.109. de leg.1. Crispius Lucens. in Rubr.de leg.1.nu.47.

Eandem

Eandem firmarunt Rimiuald. in tit. de donatio. in princ. nume. 184. Couarruuias variarum resolut. lib. 3. cap. 6. num. 7. Anton. Guibertus lib. 1. quæstionum iuris, cap. 6. nu. 3. dixit Iulius Clarus Alexand. in tractatu de testam. quæst. 2. Fräciscus Turzanus in Collect. commun. opin. opinione 100. nume. 1. qui testatur de communi opinione de communi etiam testatur Clarus loco supra citato, imò est magis commun. opin. quod de iure gentium origine sit testamentum, de qua testatus est Corneus in d. l. si testamentum, nu. 2. & 3. C. de testam. pro qua quamplurima deducuntur argumenta & rationes. Et

154 Primo deducitur: Illud dicitur confirmari quod ante fuit antequam confirmaretur, & ei robur, & authoritas postea tribueretur, & qui confirmat nihil de nouo inducit, cap. cum dilectus, de confirmat. vtil. vel inutil. sed testamentariæ successiones lege xij. tab. sunt confirmatæ, l. lege obuenire, ff. de verb. signi. ergo ante ll. xij. tab. & sic de iure gentium introductum fuit testamentum. Maior propositio patet ex vi verbi, & facit text. infra de bon. possess. in princ.

Sed huic argum. illi qui defendebant opin. Port. conantur respondere, & in primis respõdebat Ozerius hic, num. 23. quod non semper dicitur confirmari illud quod antea erat: nam quandoque verbum (confirmari,) aptatur dispositioni quæ de nouo inducitur, vt probatur in Rubr. de Iustin. Cod. confirm. vbi Imperator vtitur illo verbo (confirmari) & tamen neminem latet Codicem illum ante Iustinianum Imperatorem non extitisse, sed ab ipso Iustiniano confirmante introductum esse, l. 1. C. de nouo Cod. faciendo, sic etiam verbum istud (confirmari) in d. l. lege obuenire accipi debet. Comprobo ego & secundò pro l. 1. in princ. in verbo, dedit, ff. ad l. Falcid. vbi dicitur, quod lege Falcidia primo capite liberam legãdi facultatem dedit, glos. in verbo, dedit, exponit, idest datam confirmauit, allegatque in simili d. l. obuenire, & hoc modo etiam considerauit Barbat. in Rubr. extra, de iudic. nu. 3. Quam tamẽ responsionem impugnat Tobias, sub num. 19. in princ. huius tit. quia d. Rubr. C. de Iustinian. Cod. confir. intelligitur in Codice facto ante confirmationem. A Pocha Leontino, & ab alijs, de quibus in l. 1. C. de nouo Codice confirm. §. edictum, cum enim Compilatores illi non haberent authoritatẽ legis condendæ, opus fuit vt Codicem illum ex Theodosiano, Gregoriano, & Hermogeniano Codice compilatum, Iustinianus ipse confirmaret, aliàs legis authoritatem non habuisset, iuxta text. in §. quos, in proœm. huius libri, & sic apparet, verbum illud confirmari, propriè accipi. Confirmatur: quia licèt in vno vel in altero casu verbum illud accipiatur diuersimodè & impropriè, non tamen sequitur ita accipi debere in d. l. lege obuenire, cum in dubio non sit recedendum à proprietate verborum, l. non aliter, ff. de leg. 3. l. legatum, ff. de leg. præstand. videris ergo, quod hęc prima responsio Ozerij non tollit argumentum.

Secunda igitur fuit responsio Tobiæ sub nu. 19. videlicet, quod non valet hæc consequentia hoc viguit ante leges xij. tab. ergo est de iure gentium, licèt enim testamentum ante leges xij. tab. introductum fuerit, non tamen ex hoc sequitur quod sit ex iure gentium introductum, potuit enim esse introductum iure illo ciuili quo vtebantur Romani ante leges xij. tab. iuxta tex. in l. 1. ff. de orig. iur.

Sed nec etiam secunda responsio est admittenda: nam Tobias errat toto cœlo, existimans non tenere hanc consequentiam, testamentum confirmatur per legem xij. tab. ergo testamentum erat ante illam, & sic de iure gentium. Neque obstat quod testamentum iure illo ciuili potuerit esse introductum, quo Romani vtebantur ante leges xij. tab. quia istud ius ciuile ante leges xij. tab. exoleuit, & desijt esse in vsu, prout inquit text. in l. 2. in princ. vbi etiam glos. ff. de orig. iur. imò P. Romanus ante d. legem xij. tab. omnes leges regias ante factas aboleuit, vnde, cum ius istud ciuile ante leges xij. tab. in vsu esse desijsset, & fuisset sublatum & annullatum, non potest dici, quod superuenientes leges xij. tab. illud confirmauerint: quia id quod non est, confirmari non potest, cum non entis nullę sint qualitates, l. eius qui in prouinciam, ff. si cer. pet. & quod illud ius ante leges xij. tab. fuisset abolitum, diximus anno superiori, dum de origine legum xij. tab. differeremus; Cum ergo text. in l. lege obuenire, dicat, leges xij. tab. confirmasse testamentarias successiones, sequitur, quod testamentum sit de iure gentium.

155 Et quod valeat ista consequentia leges xij. tab. confirmaut, ergo testamentum erat de iure gentium, probatur ex alio: nam si non valeret, tunc confirmatio dictarum legum xij. tab. esset frustratoria, cum nihil adderet: nam cum testamentariæ successiones essent de iure ciuili validæ, non oportebat leges xij. tab. eas confirmare: sed si dicamus illas esse de iure gentium, illa confirmatio operabitur saltem hoc, quod demonstrabitur illud quod placuit iuri gentium, etiam iuri ciuili placuisse, & in dubio non est dicendum, prout inquiunt Doctores, & Cagnol. in l. 1. ff. de orig. iuris. confirmationem illam fuisse vanam & inutilem, l. hæc stipulatio, §. diuus, ff. vt legat. nom. cauea. l. 1. §. dixerit aliquis, ff. de Publician. sed si dicamus à legibus duodecim tabul. confirmari id quod erat de iure gentium, tunc non erit vana: & in dubio talis interpretatio est facienda, l. si quando, vbi Doctores, ff. de leg. 1. cap. si Papa, de priuileg. lib. 6. vnde non obstat dicta responsio.

Tertio loco alio modo respondebat Tobias ad hoc primum argum. quod illa lex non probat id, ad quod allegatur per DD. quia ibi leges xij. tabul. non confirmant testamentum, tanquam introductum à iure gentium, sed confirmant hæreditarias successiones ac testamentarias, idest voluntatem testatoris hæreditatem suam relinquentis.

Ego autem defendendo ipsum argumentũ sumptum ex d. l. lege obuenire, dico l. illam probare id ad quod allegatur per DD. ibi enim dubiũ erat, an hæreditas quæ prouenit ex testamento dicatur lege obuenire, sicut ea quæ prouenit ab intestato; & dicit ibi Iurisconsultus, quòd sic, quia legibus xij. tabul. testamẽtariæ hæreditates confirmantur. i. ideo hęreditas ex testamẽto proueniens dicitur lege obuenire,

quia

quia leges xij.tab.testamentarias successiones confirmant: patet ergo primum argumentum deductum pro opin.nostra, & magis communi, remanere in viridi obseruantia, & illæsum à morsib. Tobiæ & aliorum recentiorum.

156 Secundo principaliter pro eadé opinione quod testamentum sit origine iuris gentium, deducitur ex mente scribentium talis ratio; Iure gentium introductum est, vt possit quis de rebus suis ad libitum disponere, l.quia ratione, §. hæ quoque, ff.de acquir.rer. domin. sed in testamento quis liberè de re sua disponit, ergo testamentum est de iure gentium. Minor patet ex l.1.C. de sacros.Eccles.cum multis alijs similibus.

Respondet Port. huic argumento quod ille qui testatur, non testatur de rebus suis, sed de alienis, cum conferat dispositionem suam post tempus mortis, quo tempore amplius dominus non est, §. deinceps, in Auth.de nupt.

Replico ad hanc responsionem Portij, quod licèt testator post mortem nó sit amplius dominus, tamen hæreditas iacens dicitur esse domina, quæ personam testatoris defuncti representat, l.mortuo reo, ff.de fideiuss.scilicet hæreditas, ff.de acquir.hæred.§.seruus etiam alienus, infra, de hæred.instit,

Sed quoniam hæc replicatio fortassè non posset procedere, eo quia hæreditas prout est ius succedendi in vniuersum ius defuncti, quæ & ipsum defunctum representat, fuit introducta de iure ciuili, sed hæreditas prout simplex successio in bonis defuncti, fuit introducta de iure gentium, vt declarant communiter Doctores in Rubr. ff. de acquir. hæred.

Ideo aliter ad d.Port.respõs.resplicamus, quod imò testator disposuit de rebus suis, cum esset verè dominus, & licèt conferat exequtionem voluntatis post mortem, attamen, voluntas eius sortita est effectum suum, & nihil amplius ad eius voluntatem desideratur, vt declarat Ias.in Rubr.ff.de acquir.hæred.vnde cessat d.responsio.

Secundo ergo respondebat ad d. argumentum Tobias num.15.quod licèt libera disponendi facultas de rebus suis sit de iure gentium, vt probat ipse per simile de dominio, quod dicitur esse de iure gentium, l.ex hoc iure, ff.de iust.& iure, tamé non omnes modi quibus dominium acquiritur, sunt de iure gentium, nam vsucapione acquiritur dominium, l.traditionibus, C.de pact.& in vsucapioni est de iure ciuili vt supra, de vsucap.princ.ita in proposito & si libera disponendi facultas de rebus suis sit de iure gentium, non tamen sequitur quod testamentum quo mediante nanciscimur dominium; & liberam facultatem disponédi, sit de iure gentiú.

157 Ego ad hanc Tobiæ, responsionem saluando argumentum replico, quod ille modus quo quis disponit de rebus suis scilicet mediante testamento, sit de iure gentium, quemadmodum & ipsa facultas disponendi: hoc probatur: quia hic nos sumus in dubio, an iste modus scilicet testamentum, sit iuris gentium, an ciuilis: at quando nos sumus in dubio super his quæ difficillimæ sunt probationis, satis est afferre probabiles rationes, & verisimiles coniecturas, atque præsumptiones, argumento l.si seruus plurium, §.fin.de leg. 1.sed hic adducitur ratio probabilis & præsumpta, quod ille modus disponendi de rebus suis est de iure gentium, ergo probatur; quia regulariter quæ iure introducta sunt, iuris gentium dicuntur, §. 1 supra, de iure natur. at testamentum est introductum à iure, l. 1. C.de sacrosan.eccles. ergo illud dicitur emanasse à iure gentium.

158 Secundo regula iuris gentium est, ratam esse habendam voluntatem domini volentis in alium rem suam transferre, §. per traditionem, supra, de rer. diuis. verisimile nunc est, siue inter viuos, siue in vltima volútate id factum fuerit, seruatum fuisse de iure gentium, ergo modus disponendi est de iure gentium.

Nec obst. quod dominium sit de iure gentiú, modus autem acquirendi illud prout est vsucapio, sit iuris ciuilis, quia respondeo, quod non est inconueniens, quod ea quæ per multos modos possunt acquiri, aliqui ex his modis inueniantur de iure ciuili, alij de iure gentium, vt clarum est, at in casu nostro nullus est alius modus disponendi de rebus suis omnibus, nisi per testamentum, & facultas testandi sit de iure gentium, ergo & testamentum: quia in dubio per rationes iam traditas dicetur de iure gentium, secùs autem in vsucapione, quàm clarum erat iuris ciuilis creaturam esse. Et his defenditur argúmentum.

Tertio loco ad d. argumentum respondebant quidam Nouissimi quorum scripta circúferuntur, quod licèt ius gentium concedat liberam disponendi facultatem; tamen non concedit per viam testamenti tanquam à se inuenti, cum eo iure testamentum non esset.

159 Huic obiectioni replico, vt supra millies dictú est, de aditione, de hęreditate, & de hęredis institutione, dum dicebant Doctores defendentes opin. Portij, de iure gentium non reperiri hoc nomen hęreditatis, ergo nec testamentum: nam si non reperiebatur hoc nomen, reperiebatur tamen aliud habens eundem effectum; sic in casu nostro, licèt non reperiretur testamentú, reperiebatur tamé sub alio nomine, & dixi supra in argumentis contrarię partis; Item eo iure non erat testamentum scilicet ita formatum vt hodie est, sed in alia forma reperiebatur, vt supra.

160 Tertio comprobatur opinio nostra ex Romano & ex Cumano, in l.si testamentum, de testam. si testamentum esset de iure ciuili, sequeretur, quod Rescripto Principis tolli posset, quia Princeps potest tollere ea quę sunt iuris ciuilis, non autem quę sunt iuris gentium, vt est glos.communiter recepta, in l.quoties, C.de precib. Imperat.offer. vbi Bart. & Bald. sed consequens est falsum, cum authoritate rescripti testamentum iure factum non rescindatur, l.si testamétum. C.de testam. Princeps enim non potest siue causa derogare testamento. ita consuluit Dec.in cons. 1.num.13. Fulgos.in d.l.si testamentum, vbi Ias.in princ. dixit Fortun. in l.Gallus, §.& quid si tantum, num. 184. ff. de lib. & posth. tenuit pro liquido hoc Paul. Parisius, in cons.1.num.49.vol. 2. ergo sequitur, quod etiam antecedens sit falsum.

Respon-

Respondet Ozer. & post eum Tobias num. 17.
quod non sequitur, Princeps dicit se non rescribe-
re contra testamentum; ergo illud est de iure gen-
161 tium: nam etiam ipse dicit se non rescribere con-
tra sententiam, l. fin. C. de erro. aduocat. & tamen
sententia est iuris ciuilis, vt notat glos. communiter
recepta, & DD. ibi, infra, de oblig. in verbo, necessi-
tate, & ideo hac de causa testamentum non tolli-
tur per ipsum Rescriptum, d. l. si testamentum, eo
quia esset de iure gentium, sed quoniã rescriptum il-
lius est contra ius, quo testamentum ritè conditum
exequutioni mãdari iubetur, l. vel negare, ff. quem-
admod. testam. aper. l. 1. C. de sacros. eccles. Item
grauis læsio afferretur hæredi scripto, ex quo, eo pri-
uaretur hæreditate sibi relicta in testamento, quo-
ties enim sunt rescripta contraria iuri, & grauem
læsionem cõtinent, etiam si impetrati sint regulari-
ter, non valent, l. rescriptum, l. nec damnosa, C. de
precib. Imper. offer.

Sed defendendo prædictam communem Con-
clusionem replico probari in d. l. si testamentum, q
illud sit de iure gentium, & non de iure ciuili, nam
tãquam creatura iuris ciuilis posset indistinctè tol-
li per Principis rescriptum, vt notant ibi Fulgos.
Roman. & Ias. vt supra cum concordantibus.

Nec obstat id quod dicitur de sententia, quæ est
iuris ciuilis, & tñ per rescriptum Principis non tol-
litur. Respondetur hoc statuisse Principem ratio-
ne publicæ vtilitatis, vt litibus finis imponatur, &
rixæ non fiant inter homines, argumento l. pro-
perandum, ff. de iudic. ideoque sententia per re-
scriptum Principis nõ tollitur: quia imponit finem
litibus, prout idem est in transactione, vt tradit Ias.
in d. l. si testamentum, C. de testam. quod non acci-
dit in testamento: nam testamentum ideo non tol-
litur per rescriptum, quia intentione est de iure gen
tium, licèt quoad formam sit de iure ciuili, & ideo
per Principem illæ solemnitates tolli possunt, l. si
162 non speciali, C. eod. tit. imò quamuis Princeps cũ
causa possit tollere non solum quæ sunt iuris ciui-
lis, sed etiam quæ sunt iuris gentium, prout notat
glos. & DD. in l. fin. C. si contra ius vel vtil. publ.
Canonistæ in capit. quæ in ecclesiarum, extra de
const. tamen, ea quæ sunt iuris ciuilis tollit sine cau
sæ expressione, ex quo semper in Principe præsu-
mitur causa, vt est commun. opinio Legistarum
& Canonistarum, ea verò quæ sunt iuris gentium,
non tollit sine causæ expressione: quia tunc non
præsumitur causa in Principe, nisi eam exprimat,
vel nisi apponat clausulam non obstante, quo ca-
su censetur tunc vti plenitudine potestatis, & ideo
Princeps non potest tollere testamentum ritè fa-
ctum, nisi exprimat causam, prout tradit Ias. in d.
l. si testamentum, ergo cessat omnis obiectio ad ar-
gumentum Romani, & aliorum.

Quarto augetur opinio magis communis, quod
testamentum sit origine de iure gentium. Deporta-
tus hæres institutus, licèt ex testamento lucrum per-
cipere non possit, d. l. eius qui, §. in insulam, ff. de te
stam. l. 1. C. de hæred. inst. ea scilicet ratione: quia vt
supra diximus, testamentũ quo ad formã, est de iu-
re ciuili, cuius iuris deportatus est incapax, tamen,
163 si in testamento militis hæres instituatur depor-
tatus, percipiet ex eo testam. lucrũ, & commodũ, l.
neq; in. §. deportati, ff. de mil. test. l. miles, C. de mi-
lit. testamento, cuius quidem dispositionis, non alia
potest esse causa, vt hic per Vigliom, nisi, quia vo-
luntas militis iuris ciuilis solemnitatibus est solu-
ta, vndè talis dispositio videtur tanquam contra-
ctus iuris gẽtium, cuius communio deportato non
est denegata, sed est capax eorũ quæ sunt iuris gen-
tium; Cum igitur possit deportatus in testamento
militis hæres institui, & commodum ex eo perci-
pere, datur vtique intelligi, testamentum quo ad
originem esse de iure gentium; nam si testamentum
non esset de iure gentium, vtique non posset depor-
tatus in testamento militis hæres institui; verùm
quia in tali testamento omittuntur forma, & solem-
nitates à iure ciuili requisitæ, & ideo quia cessat ra
tio incapacitatis in deportato, ideo cessante illa
causa impeditiua, cessat effectus, l. adigere, §. quam-
uis, de iure patr. cap. cum cessante, de appellat.
164 Quinto deducitur ex Banerio, si testamentum
non diceretur inuentum de iure gentium, sequere-
tur, quod ex testamento non nasceretur naturalis
obligatio, sed nascitur, vt volunt Bart. in l. interdũ,
col. pen. num. 6. ff. de cond. ind. & obligatio natu-
ralis est de iure gentium, l. cum amplius, §. is natu-
ra debet, ff. de reg. iur. not. Bart. in §. 1. in l. Iulianus,
ff. de cond. ind. & in l. frater à fratre, eod. tit. ergo di-
cendum est, testamentum esse de iure gentium.

Respondet Ozer. hic, num. 26. ad d. argumentũ
dicens, inficiari non posse quod obligatio naturalis
non sit de iure gentium, tamen ipsa plerumque o-
ritur ex consensu, ita not. Bart. in d. §. 1. ff. de cond.
ind. & ideò ex quocunque contractu siue gentium,
siue ciuili, oritur naturalis obligatio; & hinc est,
quod etsi stipulatio sit contractus iuris ciuilis, §. de
constituta, infra, de act. nihilominus, quia in tali
contractu interuenit consensus, ex eo oritur natu-
ralis obligatio, quia hæres quando hæreditatem
adit, præstat consensum, & voluntatem, & dicitur
quasi contrahere, §. hæres quoque, J. de oblig. quæ
ex quasi contr. nasc. l. ex maleficijs, §. hæres, ff. de
act. & oblig. l. apud Iulianũ, §. fin. ff. quib. ex caus.
in possessionem eatur.

Sed Domini, propter hoc non tollitur quo mi-
nus istud argumentum non vigeat, licèt ista obie-
ctio seu responsio videatur colorata, & sapere ve-
ritatem: Vndè, quidã nouissimi replicabant, quod
hæc responsio indicat tantũ, quod ex illo actu adi-
tionis hæreditatis, per quem dicitur hæres quasi
contrahere, oritur naturalis obligatio, quod faten-
tur, sed per hoc non est sublatum fundamentum:
quia ipsi volunt, quod ex ipso testamento imme-
diatè nascatur naturalis obligatio; vndè dicunt ip-
si: si oritur, datur intelligi, ipsum testamentum esse
dispositionem iuris gentium; quod oriatur, appa-
ret, quia datur actio quæ ex testamento appellatur,
ita est text. iuncta glos. in l. 1. & 2. C. commun. de
legat. & in §. sed nostra, J. de legat. si datur actio ex
testamento, ergo ex eo nascitur naturalis obligatio
& ciuilis, sine quibus impossibile est nasci actio-
nem, iuxta notata per glos. & Doctores infra, in
§. 1. de obligat. & si nulla extaret lex, quæ probaret
dari actionem, probatur ex Regula iuris commu-

nis, nam

nis, nam hęredis aditio tendit ad acquirendam hęreditatem, & etiam æquè principaliter ad confir-
165 mandum testamētum, (Recipit enim testamentum duplicem cōfirmationem, vnam per mortem testatoris, & hæc operatur effectum irreuocabilitatis; aliam per aditionem, quę operatur effectum hunc, ne scripta in testamento, deuoluantur ad venientes ab intestato, vt dixit Bald. in l. 2. ff. de testamen.) Succedit modò Regula, quod semper agitur ex actu confirmato, & non ex confirmante, l. si ita stipulatus, §. 1. cum l. sequenti, ff. de nouat. & argum. text. in l. asse toto, ff. de hæred. instit. & in Authent. Si quis in aliquo documento, C. de edendo. Oritur ergo actio ex testamento prędicta ratione, quando hoc nullo iure probaretur, quod est falsum, cum in iure hoc cautum reperiatur. Videtis ergo, quod hoc argumentum vrget admodum, ex prædictis.

Hæc tamen nouissimorum replicatio mihi non satisfacit: nam dato, quod actio oriatur immediatè ex testamento, quid inde? fateor enim quod datur immediatè actio, ratioq; ne est, quia adest ęquitas, & consensus legis, vt voluntas defuncti seruetur, l. 1. C. de sacros. ecclesi. ideò non est mirum, si ex eo immediatè nascatur naturalis obligatio, sic etiam in stipulatione, quæ est iuris ciuilis, tamen ex illa oritur naturalis obligatio, ita, ut ex ea detur actio, & hoc fit propter cōsensum, l. 1. §. adeo, ff. de pact. sed non per hoc sequitur, quod stipulatio sit iuris gentium; sic etiam, nec testamētum ob hoc dicetur iuris gentium, vndè, hoc argumentum verè non stringit pro hac opinione.

Sexto comprobatur præd. opin. multis authoritatibus veteris testamenti, inter quas, duæ sunt quæ stringere videntur, videlicet, text. in cap. 25. Genes. vbi Abrahā omnia bona sua voluit post eius mortem esse Isaac filij sui, & Ismael filio concubinæ suæ quædam munera largitus est; Similiter in capit. 27. vbi Iacob hæreditatem suam à Patre suo Isaac (excluso Esau) consequutus est. Addunt nonnulli alij authoritatem Diogenis, qui Philosophorum vitam scripsit, & in eo legitur Philosophos testamenta condidisse, & in eis deposuisse de rebus suis, ergo testamentum est de iure gentium, cum eo iure ius ciuile non esset in vsu.

Ad hoc Argumentum respondebat Oner. hic, num. 17. videlicet, quod bona peruenerunt ad Iacob ex voluntate Dei, non autem ex benedictione vel institutione hæredis, quia vt ipse ait, etiam hodie quando quis hęredes instituitur, consequitur bona defuncti ex voluntate Dei, cum sit quod omnia quæ fiunt in terris, Dei voluntate contingant, l. in nomine Domini, C. de offic. præfec. Afri.

Confirmatur hæc responsio ex Bell. quia licèt illi antiqui Patres aliquid relinquerent per vltimam voluntatem, non tamen illa vltima voluntas dicebatur testamentum, sed istud postea fuit introductum à iure ciuili.

Ego replico, quod imò illa vltima voluntas testamentum dici potest, ex quo enim hæredem sibi instituebant in bonis suis, quæ quidem institutio seu benedictio in bonis in testamento fieri solet.

Secundo redditur falsum dictum Bell. Primo, quia primus liber in quo reponuntur illorum Patrum antiquorum dispositiones, inscribitur Vetus Testamentum, ergo cognita erat hæc vox, testamenti, Secundo probatur authoritate Diogenis, Tertio probatur arguendo de præsenti ad præteritum, verisimile est enim id nomē viguisse à iure Ciuili impositum.

Nec obstat etiam & tertio id quod dicebat Bell. quod ex quo ius Ciuile nomen & formam dedit testamento, debeat dici origine de iure ciuili, vt in exemplo stipulationis, quę à iure ciuili inducta est, licèt in substantia nil aliud sit quàm quædam conuentio iuris gentium, l. 1. ff. de pact.

Nam respondetur vt supra, in 11. argumento latissimè fecimus.

Septimo confirmatur: Si testamentum esset de iure ciuili, non autem gentium, sequeretur absurdum & inhumanum, viuos habuisse licentiam disponendi de rebus suis, morientibus autem eam fuisse denegatam, vt inquit Imperator supra de lege Fus. Can. toll. sed absurda sunt euitanda, l. nam absurdum, ff. de bon. liber. ergo testamentum origine est de iure gentium, quo iure morientibus concessa videbatur facultas disponendi de rebus suis, sicuti inter viuos poterant, vt puta vendendo, locando, & alijs modis, sicuti de iure gentium constitutum erat, l. ex hoc iure, de iust. & iure, §. ius autem gentium, supra, de iure natur. gent. & ciui.
166 Octauo facit ex Bauerio; Princeps non potest auferre dominium hæreditatis quod acquirimus ex testamento, l. si testamentum, C. de testam. sed si testamentum esset de iure ciuili, posset vtique; quia Princeps potest auferre nobis dominiū quæsitum de iure ciuili, vt not. glos. in l. fin. C. si contra ius, vel vtil. public. glos. in l. si verberatum, ff. de rei vend. per illum text. ergo testamentum est de iure gentium.

Sed circa hoc fundamentum ad vnum est animaduertendum, quod text. in d. l. si testamentum, non videtur probare assumptum Bauer. concludenter, quia ibi dicit Imperator, quod authoritate Rescripti sui non oportet rescindere testamentum ritè factum; possumus intelligere, quod ibi aliquis ad quem spectat hęreditas testatoris supplicauerit Imperatori, vt per suum Rescriptum vellet rescindere, & rumpere testamentum; & ipse responderit, quod non oportet, idest non conuenit, nec ęquum est authoritate Rescripti quod impetrare velles, quod rescindatur testamentum ritè factum, & sic potest intelligi text. ille, quod Rescriptum non fuerit obtentum, non mirum si testamentum remaneat firmum.

Sed tamen ibi glos. & Bartol. videntur intelligere illum tex. procedere, etiam si Rescriptum fuerit concessum; secundum quam intelligentiam benè videtur probare intentionem Bouer. & à fortiori probat, inducendo hoc modo.

Si Princeps per suum rescriptum non potest rumpere testamentum ex quo non est adita hæreditas, & sic nondum fuit ius quæsitum, l. precia rerum, ff. ad leg. Falcid. ergo à fortiori, & multo magis, non poterit auferre rerum hæreditariarum dominium post aditionem quæsitum, & hoc pa-

Ro

cto text. iste quam maximè vegere videtur.

167 Nouo pro hac parte, quod testamentum sit de iure gentium inuentione, deducitur argumentum de contractibus ad vltimas voluntates, l.fin. C. de legat. toto tit. supra, de leg. Fus. Canin.toll. testamentum autem est species donationis, §. t. supra, de legat. at donatio inuentione est de iure gētium; §. t. supra, de donat. ergo testamentum etiam erit iuris gentium.

Decimo reducitur vltra Doctores pro eadem opin. confirmanda, id quod in Circularibus disputationibus fuit deductum, videlicet, Actus non potest esse ante eius formam, cum forma det esse rei; l. Iulianus, ad exhib. sed si testamentum esset de iure ciuili inuentione, tunc actus esset ante eius formam, ergo est de iure gentium.

Minor probatur: quia forma testamenti est de iure ciuili, §. t. infra eod. tit.

Sed in hac argumentatione non facerem magnam vim: nam respondeo, quod sicuti testamentum non potest esse inuentione de iure ciuili, quia esset ante eius formam, pari ratione non poterit etiam esse inuentione de iure gentium, cum forma sit de iure ciuili, vnde argumētum retorquetur hoc pacto; Actus non est ante formam, forma est de iure ciuili in testamento, ergo testamentum etiam origine est de iure ciuili.

Nec obst. si diceres, posito, quod testamentum sit de iure gentium inuentione, non tamen videtur esse ante eius formam, cum forma etiam esset de iure gentium, sed diuersa ab illa iuris ciuilis.

Respondeo, quod tu iam fateris in argumento formam esse non de iure gentium, sed de iure ciuili, quo retento, dico, argumentum non posse procedere, ex supra dictis.

Vndecimo ego moueor per authoritatem Plutarchi, qui refert, quod Solon primus fuit apud Athenienses, qui de testamentis legem tulit, & gratiam præponens necessitati, & amicitiam propinquitati, omnibus de rebus proprijs liberam facultatem disponendi concessit, cui legi similem Plato in suos de Rep. libros retulit, quæ quidem authoritates maximi sunt ponderis, ita, vt inclinare nos oporteat in hanc opinionem, testamentum à iure gentium ortum duxisse, vt animaduertit Antonius Guibertus, lib. 1. quæst. iuris, cap. 6. num. 4. qui etiam retulit prædictas authoritates.

168 Duodecimo & vltimo eam comprobo: quoniam quando dispositio effectum & materiam habet à iure gentium, licèt nomen, & forma sit de iure ciuili, tamen quo ad originem dicitur non solum esse de iure gentium, sed etiam de iure naturali, cum maris & fœminæ coniunctio ortum duxerit à iure naturali, & sic eius effectus; sic in casu nostro, licèt testamentum receperit formam, & nomen etiam secundum quosdam à iure ciuili: tamen effectus & materia ipsa, ab ipso iure gentium fluxerunt, nam vt inquit Connanus in declar. iuris ciuilis, lib. 9. cap. 1. num. 4. & Moder. Bonon. in Rubr. de leg. primo, num. 3. & 4. nulli dubium est, ante ciuilia iura Athenienses, Græcos, Lacedemones ex legibus Lycurgi, & cæteras gentes, habuisse liberam disponendi facultatem de rebus suis, sicuti & in vita habebant emendo, vel vendendo, & conferebāt post mortem omnia bona sua in aliquem, qui effectualiter erat hæres, ergo de iure gentium secundario emanauerat testamentum.

Ex his ergo existimo veriorem esse hanc opinionem, testamentum scilicet origine de iure gentium esse.

169 Huius autem inquisitionis plures sunt vtilitates. Prima est, quod si nos dicimus testamentum inuentum à iure ciuili, tunc dominium quod per testamentum nanciscimur, poterit à Principe tolli: Si verò dicimus illud introductum fuisse de iure gentium, tunc illud tolli minimè poterit, vt per Paul. Castr. in l. 3. ff. de testam. Secunda est vtilitas, quod si iure ciuili testamentum introductum dicimus, poterit statuto disponi, vt nemo possit testamentum condere, cum ius ciuile alterum tollat, l. nihil tam naturale, ff. de reg. iur. si verò dicimus introductum de iure gentium, semper firma remanebit testandi facultas, argumento text. in §. sed naturalia, supra, de iure natur. gent. & ciuili. Has vtilitates prosequuntur latè scribentes, in d. l. si testamentum, Tobias in princ. tit. nostri, num. 13. Iulius Clarus Alexandr. in tract. de testam. quæst. 2. Et per hæc sit resoluta in totum hæc magna & ardua quæstio, & à nostris Interpretibus valdè exagitata, & per consequens, omnia ea quæ circa causam efficientem testamenti dicenda videbantur.

Tractandum nunc est de causa materiali.

170 Causa itaque materialis testamenti, est voluntas testatoris, de eo quod quis post mortem suam fieri vult; ita dixit Bald. in l. 1. ff. de testam. dum disputat de quadruplicij perfectione testamenti, cuius opinionem sequuntur Aret. in princ. huius tit. num. 2. & etiam Port. hic, num. 6. Tobias num. 4. Picenardus in princ. Rubr. nostræ, pag. 13. & tandem hæc est resolutio communis. Cum ergo voluntas testatoris sit causa materialis, hinc est, quod vulgò dici solet, disponat testator quomodocunque, & eius voluntas erit lex, §. disponat, in Auth. de nupt. Hinc etiam est, quod voluntas testatoris in vltimis voluntatibus regina dicitur, l. in conditionibus primum locum, ff. de cond. & demonstr. l. si quis ita, §. códictio, ff. de adimend. legat. Vndè, non est mirum, si multoties inuenimus scriptum voluntatem testatoris esse substantiam testamenti, l. 1. ff. de testamen. dixit Socinus iunior consil. primo, nume. 50. volum. 4. & in consil. 183. nume. 25. volum. 2.

Vnum tamen non omitto, Portium hic, num. 6. existimare, Causam materialem testamenti esse bona de quibus in testamento testator disponit, cum ille, qui nec habitu, nec actu bona habet, testari nequeat, argumento text. in Auth. Ingressi, C. de sacros. eccles. vbi notant Doctores. facit text. in cap. quia ingredientibus, 19. quæst. 3. vbi Monachus testari non potest, cum nec actu nec habitu bona possideat, ergo.

171 Sed animaduertatis Domini, quod hæc opinio Portij non sustinetur, cum bona ipsa non dicantur esse de substantia vel materia testamenti; sed ipsa voluntas, & confunditur eius opinio vt erronea, hac ratione: quia ille qui soluendo non est, testari potest,

potest, l. qui soluendo, ff. de hær. inst. facit l. hæreditas, ff. de pet. hær. l. hæreditatis appellatio. ff. de verb. sig. ubi probatur, quod hæreditas datur absque bonis, & sic testamentum; quod idem dixit Bald. in l. fin. num. 19. C. de pact. vbi dicit, quod ad hoc, vt quis possit facere testamentum, sufficit quod in potentia possit habere hæredem, quamuis deinde non habeat hæredem, cum hæreditas sit damnosa, argumento text. in princ. infra ad leg. Falcid. dixit Bart. in d. Auth. Ingressi, vbi loquens de conuersis, inquit, quod etsi conuersi nihil habeant in bonis, tamen testari possunt.

176 Nec obst. modo text. in Auth. Ingressi, quia respondetur secundum Bart. ibi, num. 7. quod ideo Monachi non poterant testari, non ex eo quod bonis carent, sed quia non erant sui iuris, secùs est in eo qui est sui iuris, nam licèt non habeat bona, potest tamè testari. Monachus autem nō est sui iuris, cum non habeat nec velle, nec nolle, vt per Ias. in d. Auth. Ingressi, num. 23. & Imola in d. cap. quia ingredientibus, de testam. Voluntas ergo est causa materialis testamenti, non autem bona, vt credebat male Port. Et animaduertatis, quod maxima consideratur vtilitas, quod quis possit testari, licèt non habeat bona.

In primis resultat, quod pater possit dare tutores filijs suis, quod aliter non posset, cum tutores non possint dari nisi in testamento, vel in codicillis testamento confirmatis, l. 3. ff. de testam. tutel. §. 1. vbi glos. supra, de tutelis; si enim propter defectum bonorum quis non posset testari, sequeretur hoc incommodum, quod pater non posset dare tutores filijs, sicuti per contrarium potest, cum & sine bonis possit testari, vt supra audistis.

Secunda est vtilitas, quia pater poterit dare substitutum pupillarem filio suo impuberi, quod aliàs facere prohiberetur, l. 2. §. filius, ff. de vulg. & pupilla. tradit hæc Imola, in d. cap. quia ingredientibus, cum concordantibus, de testam.

177 Quantum verò pertinet ad Causam formalem, vnanimiter concludunt Interpretes, tum hic, tum in l. 1. ff. eod. Institutionem hæredis fuisse testamenti causam formalem. Quod probatur: quia forma dicitur esse illa, quæ dat esse rei, l. Iulianus, ff. ad exhib. l. is qui quadringenta, §. quædam, ff. ad l. Falcid. at hæredis institutio dat esse testamento, & sic ea voluntas testatoris non sortitur effectum suum, l. eam quam, C. de fideicōmis. l. quod per manus, ff. de iu. codicill. ergo hæredis institutio dicitur esse causa formalis testamenti.

178 Et hinc est, quod ab omnibus hæredis institutio dicitur esse caput, substantia, & pars potissima testamenti, §. ante hæredis, infra, de legat. Alex. cons. 53. num. 1. lib. 4. Socin. iun. cons. 71. num. 8. vol. 4. Vincentius Paleott. cons. 135. num. 6. vol. 1. consiliorum vltim. volunt. dixit Pett. de Vbaldis in tracta. de Can. Episc. cap. 6. num. 5. & ideò, si in testamento ipsa deficeret, deficeret etiam testamentum, Parisius cons. 31. num. 5. vol. 2. §. posteriore, infra quib. mod. testam. infirm. §. 1. infra de fideicommiss. hæred. vndè non est mirum si corruant etiam legata in testamento relicta, d. l. eam quam, C. de fideicommiss. l. nemo, ff. de testam. tute.

179 Hinc etiam est quod nos dicimus, hæredis institutionem habere sub se titulum honorabilem, l. Iulianus, ff. si quis omiss. causa testam. l. filium, §. sed si portio, ff. de leg. præstand. dixit Parisius cons. 54. num. 7. vol. 2. Bartolus de Huccio, in tract. de quaestis, num. 4. Hinc etiam est, quod institutio hæredis dicitur titulus nobilior quàm titulus legati, vt per Ioan. Dilect. Durantem in tractat. de arte testandi, tit. 3. cautela 1. num. 1. & non solum nobilior, sed etiam vtilior, vt ibi per eum, est text. in l. si & solū, iuncta l. quod traditum, cum sequent. ff. de cond. & demonstr. esse autem hæredis institutionem pleniorem, fauorabiliorem, & pinguiorem, quam legatum, dixit Ruinus, cons. 139. num. 18. vol. 5. Cephalus cons. 248. num. 30. lib. 2. Aloisius de Albertis in Singulari 97. tomo 2. Singulariū, & ante omnes dixit Bart. in l. sub conditione, ff. de hæred. inst. meritò igitur illa dicitur esse causa formalis testamenti.

180 Sed ex his oritur dubium, cum enim hęredis institutio sit triplex, propria, impropria, & improprijssima, vt inquit Fabian. de Bocchis, in Auth. Nouissima, num. 190. C. de inoff. testam. Propria dicitur, quando quis instituitur in tota, vel in quota hæreditatis, l. quoties, ff. de hæred. instit. notant Doctores in l. contionetsia, ff. de transact. Impropria, cum filius instituitur in legitima, vel in aliqua parte, vel quantitate quæ loco legitimæ sit, & tunc illa portio legitimæ non est quota hæreditatis, sed quota bonorum abstracta ab omni ære alieno, vt not. in l. cum à matre, C. de rei vend. & in l. fin. §. in computatione, C. de iure delibet. improprijssima, cum extraneus instituitur in re certa, alio hęrede extraneo vniuersali instituto, quia ista non est quota hęreditatis, nec quota bonorum vniuersali hærede adeunte, l. ex facto, ff. de her. inst. l. quoties, C. eod. de hæred. instit. dixit Bald. in l. Gallus, §. ille casus, ff. de lib. & posthum. quęro ergo, de qua sit intelligendum? & respondeatis, quod intelligitur de omnibus, cum ista triplex institutio quantum pertinet ad substantiam testamenti, vnaqueque de per se operatur, quod testamentum valeat, siue quis instituatur in tota hæreditate, siue in legitima, siue in re particulari; hoc non refert, sufficit enim tantum quod adsit institutio hęredis; Illa autem diuisio procedit respectu ipsorum hęredum, quia vnus potest dici propriè hęres respectu alterius, qui est hęres in legitima tantum; & hoc non repetitis alibi per Doctores declaratum.

181 Sed quoniam frustratorium esset dicere institutionem hęredis esse causam formalem testamenti, nisi sciremus quę requirantur in hac institutione hęredis introducenda, ideo sciendum est, quod ad hoc, vt ista hęredis institutio dicatur causa formalis testamenti, plura requiruntur.

Primo, vt sit certa; quia si persona eius qui hęres instituitur non sit certa, testamentū corruit, l. quoties, §. heres, ff. de here. inst. l. in tempus, §. quoties, eod. tit. Faciunt ea quę habentur in l. quidā telegatus, vbi Bart. & alij, ff. de reb. dub. notatur hoc in §. in certis, infra, de legat. Hoc tamen limitatur, quando persona hęredis veniret certificanda post mortem testatoris; nam licèt esset incerta ab initio testamen-

testamentum tamen valet, ita limitauit Bart. in d.
l.quidam relegatus, sequűtur DD. per tex. in l.si ser
uus, §.huiusmodi, de lega.1. in l.in tempus, §.fin.
ff.de hęred.inst. dixit Parisius, qui testatur de com-
muni, in cons.3.num.12.par.2.& ideo dicunt Do-
ctores in l.hæredes palam, §.1. per illum text. quod
valet institutio hæredis facta de eo quem ego no-
182 minaui in quadam scriptura, quam reliqui apud
Guardianum Fratrum Minorum, dixit Bart. in l.si
ita scripsero, ff.de cond. & demonstr. & dicemus
nos infra suo loco.

Secundo requiritur, quod ore proprio testator
exprimat nomen hæredis, aliàs nõ valeret, §.fin. in-
fra eod.tit.nostro, l.hæredes palam, in princ. ff.de
testa. Ampliatur seu declaratur habere et locum, si
vnus ex testibus vice testatoris nominet nomen hæ
redis, videlicèt, si dixerit, vis instituere Titium hęre
dem, & ipse respondeat, quod sic, nihilominus va-
let testamentum; dixit glos. vulgata in l.iubemus,
in verbo, quemadmodum, C.de testament. estque
communis opinio, de qua testatur Afflictus, decis.
143.num.3. Socin.cons.20. num.5.lib.4. de com-
muni testatur Corneus, cons.261. lib.4. Iul. Cla-
rus, in tract.de testam.quæst.57.

183 Tertio requiritur quod sit iusta, non enim suffi-
cit ad hoc vt testamentum valeat, quod adsit insti-
tutio: sed requiritur, quod si quis est instituendus,
vt ille, & non alius instituatur, prout sunt filij à pa
rentibus, l.inter cętera, ff.de liber, & posthum.& in
princ.infra, de exhæred.liber.

Vltimo requiritur, quod illa non sit captatoria,
dicitur enim captatoria institutio, quoties execu-
tio seu declaratio testamenti confertur in alienum
arbitrium, & in alienam voluntatem, vt si dixero
Sempronio, quod faciat mihi testamentum; ita
declarauit Andreas de Bessetis, in l. habeat, num.
164.C.de sacrosan.eccles. tunc enim eo in casu te-
stamentum non valet, l.illa institutio, l.captato-
rias, ff.de hæred.inst. & quod institutio hæredis nõ
debeat pendere ab alieno arbitrio, dixit Mantua
in Singulari 490. nume. 1. tomo 2.singul. Bart. in
consil.20.num.12. Petrus Pecchius, in tractatu de
184 testament.coniugum, lib.1.cap.12.num.2. Ratio
autem est: quia impossibile est, quod volűtas Sem-
pronij sit voluntas mea: nam voluntas nõ est aliud
quàm anima volens, modò, sicuti anima Sempro-
nij non est anima mea, sic nec voluntas: vndè, si
dixero, volo quod Sempronius possit testari de bo-
nis meis, et illa ipsius dispositio sit meum testamen
tum. Vel secundo si dixero, instituo te hæredem, si
Titius volet; Vel tertio, vt ipse faciat mihi testa-
mentum: nam in omnibus istis modis erit capatu-
ria voluntas, & non valebit, vt supra audiuistis; Li
mitat tamen in institutione hæredis facta ad piam
causam, quia tunc valet; ita limitauit Bart. d.cons.
20.num. 13. quod consilium est inter Consilia vl-
timarum voluntatum tomo 1. de iure enim Cano-
nico hoc limitatur etiam, de quo iure institutio col-
lata in alienam voluntatem, valida est, secùs, de
iure ciuili; ita limitauit Prosdomicus de Comiti-
bus, in tractatu de different. Legű & Canonű, nu.
152. Et pro hac limitatione est tex. in c.cum ibi, de
testam. vbi notant Zabbarellus, & alij, num.1.

185 Hæredis ergo institutio dicitur esse causa forma
lis testamenti. Sed contra hanc cõmunẽ DD. opin.
ego in circularibus disputationibus arguměntabar.

Primò, si institutio hæredis esset de forma testa-
menti, tunc nullum daretur testamentum sine illa;
sed consequens est falsum, ergo & antecedens. Mi-
nor probatur per text. in d.ca. cum tibi, de testam.
vbi inquit Summus Pontifex; Qui extremam vo-
luntatem in alterius dispositionem committit, non
videtur decedere intestatus, ergo. Probatur: ꝙ si te-
stator dicat coram septem testibus, committo dispo
sitioni Titij omnia bona mea, ꝙ tale testamentum
valet, absq; aliqua hæredis institutione.

Responsum fuit, quod quando relinquo volun-
tatem meam dispositioni alterius, videor illum hæ-
redem instituere, & sic non datur testamentű absq;
hæredis institutione.

Quæ responsio non est admittenda: quia si vi-
deris illum hæredem instituere, ergo verè non est
institutus, ergo institutio non est de forma, aliàs
verè esset institutus; quod autem non sit verè in-
stitutus, sed per pręsumptionem, & ex benignitate,
dixit ibi Innocent. in d.cap. cum tibi, vbi Abb. nu.
4. & Imola, num.16. & est communis, quod ille
qui non est institutus, habeatur pro instituto; de
communi testatur Iul. Clar. Alexandr. in tractatu
de testam. quæst. 6.vers. quinimò, voluit Corneus
in cons.146.lib.2.

Vnde collega meus transiuit ad secundã respon
sionem, dicẽs, quod ibi est tacita institutio, quę suf-
ficit ad inducendum testamentum, & in hoc capite
taciti & expressi, eadem est virtus, l.cum quid, vbi
notatur, ff. si cert. petat.

Quę nec etiam vllo pacto est admittenda; quia
dato, quod quando adsit tacita institutio, illa sit
apta nata ad introducendum testamentum, tamen
dico in casu nostro non adesse tacitam nec expres-
sam hęredis institutionẽ. Probo: quia institutio hę-
redis est duplex, expressa, & tacita: expressa, quan-
do testator nominatim inquit, Titium hęredem in-
stituo. Tacita, puta, si dixerit, si ille qui ab intesta-
to successurus est noluerit esse hęres, substituo Ca-
ium: ita declarauit Clarus, in d.tractatu, in quæst.
35.vers. an sufficiat tacita. Sed in casu nostro dicen
te testatore, in voluntatem Titij committo bona
mea, non est forma tacitæ institutionis, ergo. Et de
tacita institutione text. in l.si quis ita, & l.cum in
testamento, ff.de hæred.inst.

Solutio ergo est ad argumentum vt dicamus ibi
esse casum specialem, cű de iure Canonico factű
sit, ꝙ testaměntum quomodocunq; factum fuerit ad
Pias causas, valeat, & teneat, ita, quod hoc in casu
institutio hęredis non attenditur: ita Clarus in d.
quęst. vers. quinimò, dixit Gulielm. de Benedict. in
Repet.cap. Raynutius, de testam. in verbo, condi-
dit, num.8. & est magis opinio commun. de qua te
statur Socin.cons.49.num.10.lib.4.

186 Secundo oppono, forma dat esse rei, ergo quan-
do adesset institutio, adesset etiam testamentű cum
adesset forma, sed hoc est falsum, quia si deficiunt
solemnitates, non valet testamentum, licèt adsit in-
stitutio, l.1.ff.de iniusto, rupto, l.si vnus, l.hac con-
sultissima, l.iubemus, C.de testam. ergo.

Fuit responsum, quod istud procedit, postquam ius ciuile dedit formam, sed ante nullæ requirebantur solemnitates, sed tantum sufficiebat ipsa institutio.

Replico, quod quando dicunt Doctores Institutionem esse formam testamenti, intelligunt de iure ciuili, de quo iure fuerunt etiam introductæ d. solemnitates, sine quibus testamentum esse non potest.

Solutio ergo est, vt dicamus, quod Institutio hæredis est solemnitas intrinseca: aliæ verò solemnitates vt numerus videlicèt, testium subscriptio, sigilla, sunt extrinsecæ solemnitates, sine quibus licèt testamentum non valeat, non est per hoc quod institutio non sit causa formalis, & intrinseca, sine qua testamentum esse non potest: sed non valet, quia lex hoc statuit ad hoc vt facilius actus testamenti probetur, sunt enim solẽnitates illæ non de substantia, sed de probatione tantum, & hæc pertinere videntur ad causam formalem ipsius testamẽti. Habetis ergo vsq; huc, quæ sit causa efficiens, materialis, & formalis.

187 Reliquum nunc est, vt videamus de causa finali ipsius testamenti, & qualis fuerit ratio introductiua testamenti, & plures deducuntur per Port. rationes hic, num. 12. & circa hoc valde insudant nostri Antecessores; ideo & nos hac in re aliquantulum immorabimur.

Prima ergo est ratio in Commentarijs Portij, testamentum emanasset propter necessitatem, ne creditores suo credito defraudarentur, & priuarentur, quia cum istud ius crediti sit quoddam accidens, & accidentia non migrant de subiecto in subiectum, l. si quis ergo casus, in fine, ff. de peculio, l. 3. ff. pro socio. vnde ista obligatio non transibat de persona defuncti ad personam eius, qui bona occupabat, quod erat iniquum, vt creditores iure suo priuarentur moriente debitore, ideo ex quadam necessitate testamentum fuit introductum, per quod cessat ratio iniquitatis, cum hæres succedat in vniuersum ius defuncti, ipsumque repręsentet, l. hæreditas, ff. de verb. sign.

Sed dicet aliquis, nonne accidens istud crediti quod scilicet aliquis mihi debeat, hoc casu mortuo debitore transit de subiecto in subiectum, idest de persona defuncti ad personam hæredis, contra iura statim allegata.

Respondeo, quod licèt transeat de persona defuncti ad personam hæredis, non per hoc dicitur transire de subiecto in subiectum, cum hæres & defunctus iuris fictione censeantur vna & eadem persona, vt est text. in Auth. de intestat. à morient. pręst. & propterea reputatur idem subiectum, & hæc est prima ratio.

Sed contra hanc rationem inuehitur Ias. in addit. ad eundem Port. & rectè iudicio meo: quia si vera esset prædicta ratio, sequeretur, quod si aliquis moriatur non condito testamento, & per consequens nullo hærede relicto, quod iura creditorum extinguerentur, ex quo tunc non adest testamentum: sed hoc est falsum, quinimmò iura creditorum non extinguuntur in eo casu, ex quo superest hæreditas iacens, quæ sustinet personam defuncti, & est obligata creditoribus sicuti ipse defunctus, l. mortuo reo, ff. de fideiuss. ergo falsa est ratio Portij.

Præterea, & illa non est bona: quia considero ego, posito quod sit hæres institutus, tamen ista institutio non facit quod accidentia non transeant de subiecto in subiectum, sed istud operatur hæreditas, quæ nullo dato interuallo statim mortuo testatore subintrat in locum ipsius, at hæres dicitur vna & eadem persona cum defuncto, non statim à morte testatoris, sed ab adita hæreditate propter actiones & iura quę actiuè & passiuè acquisiuit per ipsam aditionem, l. cum hæredes, in princ. ff. de acq. poss. vndè apparet, quod si non esset ipsa hæreditas, extinguerentur huiusmodi iura statim cum testatore, quam rationem nos vltrà alios considerauimus, qua mediante, d. ratio Portij non videtur admittenda.

Confutatur & tertio, quia si non posset facere testamentum, dico, quod hæres ab intestato repręsentabit personam defuncti, ita, quod iura creditorum nunquã extinguerentur; & si diceres, poterit esse quandoque, quod etiam ab intestato nullus fuerit heres, & in hoc casu creditores iure suo priuarentur. Respondeo, quod non est verũ: quia semper adesset hęres ab intestato cum in defunctũ succedat fiscus, l. 1. C. de bon. vacant. lib. 10.

188 Putabant tamen quidam Nouissimi, quorum commentaria manuscripta circunferuntur, prędictam rationem Portij tueri posse, nã licet hęreditas iacens defuncti personam repręsentet in omnibus iuribus actiuis & passiuis, tamen non repręsentat quo ad hoc, vt contra hęreditatẽ iacentẽm agi possit, quomodo cõtra ipsum defunctum agi poterat, cum in his in quibus personę factum requiritur hęreditas non repręsentet defunctum, ita est text. in l. hęreditas in multis, ff. de acquir. rer. domin. traditur per Bart. in l. si is qui pro emptore, in vltima op pos. num. 30. ff. de vsucap. vbi etiam Ias. num. 28. sed vt quis cõueniatur, requiritur personę factum, ergo non repręsentatur quo ad hoc persona defuncti per hęreditatem, & per consequens, per hęreditatem iacentem non esset prouisum creditoribus, quemadmodum est prouisum per hęredem testamentarium.

Quod etiam apparet; quia si sufficeret per hęreditatem defunctum repręsentari, & hęreditas ipsa conueniri posset nomine defuncti, malè diceret text. in §. licet autem domino, supra quib. ex caus. man. licet vel non, ibi, valdè prospiciendum erat, vt egentes homines quibus alius hęres extiturus nõ esset, vel seruum necessarium hæredẽ instituerent, qui satisfacturus esset creditoribus, & eo nõ faciente, creditores res hereditarias serui nomine vendant: sic in hoc casu, bona hęreditaria non venderentur nomine defuncti, sed nomine hęreditatis, & per cõsequens, nulla afficeretur iniuria defunctus, etsi nullum haberet hęredem, cuius cõtrarium pręsupponitur ibi, ergo.

189 Quæ quidem ratio, prima facie satis vrgens vĩ, & colorata, tamen rectè illam intuenti, nihil vrget; nã dico, ꝙ hęreditas poterit conueniri nomine ipsius defuncti, sicut & alios conuenire potest: ita firmaos

mant Docto. cōmuniter, in §. seruus etiam alienus, J. de hæred. inst. & in princ. J. de stipul. seruorum.

Nec obstat tex. in l. hęreditas in multis, de acqui. rerum dom. cum notatis per Barto. & Iaf. in d. l. si is qui pro emptore, nam illud intelligitur esse verum in vsufructu, in quo persona ficta non est capax illius iuris, & in multis alijs casibus, quos enumerat glos. in verbo, in plerisque, infra, de stipulat. seruor. in princ. in quibus omnibus hæreditas non repræsentat defunctum, sed quod possit hæreditas conueniri, vel conuenire alios, sicuti defunctus, hoc fatendum est per text. in d. §. seruus etiam alienus, per quam notant DD. hæreditatem iacentem obligati ex quasi contractu per hæreditatem aditam per seruum hæreditarium.

Nec obstat etiam text. in d. §. licet autem domino, vbi Imperator videretur seipsum impugnare; Nam ego respondeo, quod ibi fuit necessariū propter egentes homines adinuenire testamentum, ne illis mortuis sine hæredibus aliqua afficerentur iniuria, sicuti antea afficiebantur. Nec est verum quod absque testamento etiam nullam paterentur ignominiam, eo quia, bona hæreditaria venderentur nomine hæreditatis iacentis: quia dico, quod etsi bona nomine dictæ hæreditatis venderentur, tamen ignominia afficerentur defuncti, quia semper diceretur, hęreditas hæc erat Sempronij, qui decoctor decessit; vndè, ad hoc volens Imperator prouidere, statuit, quod personæ egentes sibi seruum hæredem instituant, nam eo in casu ille tenebitur adire, & res nomine suo vendentur, ex quo hæreditas adita non dicitur amplius hæreditas, & hoc modo nulla defunctus afficitur iniuria; & ob hoc fuit introductum testamentum, enim ab intestato (vt dixi) non erat eis satis prouisum; at hic ipsis creditoribus ab intestato prouisum erat, ergo Portij ratio omninò corruit.

190 Secunda igitur fuit ratio Portij, quod idcirco fuit adinuentum testamentum, ne lites, quæstiones & rixæ inter homines oriantur, & sic propter pacem publicam: nam si testamentum introductum non fuisset, statim mortuo aliquo bona eius vacantia efficerentur, cum mors omnia soluat, §. deinceps, in Authent. de nupt. & ideò, cum occupantibus concederentur, §. feræ igitur, supra, de rerum diuisio. l. quod feræ, ff. de acquiren. rerum dom. rixæ & inimicitiæ oriebantur; & hac de re testamentum est adinuentum, quo mediante scriptus hæres dominia rerum defuncti nanciscitur absque vlla controuersia.

Sed hæc ratio non est bona, quia, vt supra diximus, licèt non fuisset introductum testamentum, tamen semper vbi aliquis esset mortuus, superfuisset hæreditas iacens, quæ eius personam repræsentasset, & proximioribus in gradu delata esset, vt infrà tot. tit. de hæred. quæ ab intest. deferunt.

Prætereà, vt inquiunt Moderni Pataūini, tantum abest vt testamentum pacem inducat quantum discordiam tollat: quia immo totum oppositum operatur: nam multæ discordiæ & lites oriuntur testamentorum occasione, cum dubitetur, an sit ritè factum: quod si nullum esset conditum, iam esset certa successio venientium ab intestato, vt infra, de hæred. quę ab intest. deferunt. & J. de legit. agnat. success. & in Auth. de hæred. ab intestato venient.

Tertio vltra alios hæc ratio reijcitur: quia nullo condito testamento non potest dari casus quod hæredes in incerto vagentur, sicuti per testamentum vagantur, cum ab intestato nemo de successione dubitet sicuti ex testamento, ergo.

191 Tertia fuit itaque assignata ratio per eundem Port. videlicèt, testamentum hominibus concessum esse propter pietatem, lex enim pia indicauit, vt ille qui est in vltimo vitæ spiritu constitutus, postquam aliud velle vel facere non potest, saltem hoc solatium consequatur, vt de rebus suis in testamento disponere possit, prout est textus in l. prima, C. de sacrosanctis eccles. quam rationem veriorem, sequutus est quidam Nouissimus, motus hac ratione tantum: quia inter alias ista videtur melior, quàm etiam tenuit Abb. in Rubrica, extra eod. titulo nostro, & communi calculo sequuntur eam Scribentes.

Sed ista quoque ratio quantumcunque communis, reprobatur: non enim necesse fuit ob hoc testamentum introducere, cum iam prouisum esset per donationem causa mortis, vt supra, de donatio. in princ. per quam potest ad libitum de rebus suis disponere infirmæ valetudinis causa, vt ait I. C. in l. 3. ff. de donat. causa mort.

Ex alio etiam reijcitur: quia ea attenta, sequeretur, quod is tantum posset condere testamentum qui est in vltimo vitæ spiritu constitutus, cum vigeat eo in casu ratio pietatis, si enim non esset in vltimo vitæ spiritu constitutus, is certè aliud velle vel facere nō posset, & tamen hoc est falsum: quia licèt sit sanus & robustus, tamen testamentum condere potest, l. sancimus, C. de testam. ergo.

192 Quarta assignatur ratio per eundē, videlicèt, testamentum fuisse introductum propter publicam vtilitatem, quia ex quo quis post mortem suam de rebus suis acquisitis disponere potest, relinquendo eas cuilibet, tunc magis industrius ad acquirēdum efficietur: quod quidem Reipub. interest, nē quia inquam re sua malè abutatur; & hæc ratio cum vndequaque concludat, satis bona videtur, & eam sequitur Bell. hic, in quæst. 5.

Sed hæc ratio ex duob. reprobatur, primò, quia imò magis industrius fit quis ad acquirendum cōmodo proprio quàm alieno, arg. l. præses, C. de seruit. & aqua, ex quo text. colligitur, quod ordinata charitas incipit à seipso, vndè præsumere debemus, quod aliquis fiat industrius dum cogitat sibi potius acquirere, quàm cogitando alteri quęrere per testamentum; & cum vt supra diximus quilibet licèt ditior Crasso, possit omnia bona sua causa mortis donare, & vltimo vitæ spiritu.

193 Quinta fuit ergo & vltima ratio Portij, vt dicamus, testamentū fuisse introductum propter charitatē, vt vitium ingratitudinis euitetur; si quis. n. beneficium ab aliquo recipiat, remanet ei obligatus saltem ad antidora, de qua obligatione loquitur l. sed & si lege, §. consuluit, ff. de petit. hæredit. vndè benè & iure meritò quis tenetur referre gratiam, & ideò fuit adinuentum testamentum, quo me-

diante possumus eos remunerare, saltem testando & illos hæredes instituendo, vel eis legata relinquendo.

Sed nec etiam præsens ratio est admittenda, cum eodem morbo laboret quo superiores: quia ex hoc non erat necesse testamentum introducere, cum alio modo possimus de illis bene mereri, vel per codicillos, vel per donationem causa mortis, vel per fideicommissum.

194 Sexta afferebatur ratio de hoc per Bell. hic, in d. quæst. 5. quod ideò fuit introductum testamẽtum, quia aliquando multos pœnitet illius quod disposuerunt, & testamenta sunt reuocabilia, cum ambulatoria sit voluntas testatoris vsque ad mortem, l. 3. ff. de adimend. legat. idcircò, si aliquem pœniteat illius quod fecerat in testamento, id reuocare posset; quod sanè nõ accideret in cõtractibus, qui à principio sunt voluntarij, & ex post facto necessarij, l. sicut, C. de act. & oblig. l. in commodato, §. sicut, ff. commod.

Sed nec ista ratio procedit, & ipsimet Bellono non satisfacit: quia ex hoc non erat necessarium testamentum introducere, cum habeamus donationem causa mortis, quam possumus quandocunque reuocare, sicut & testamentum possumus, & sola pœnitentia sufficit ad reuocationem, §. 1. supra de donat. meritò, si quis vellet posse se pœnitere, de eo quod disposuit circa bona sua, potest d. donationem celebrare, ac si disposuisset in testamento.

195 Quapropter Tobias hic, num. 7. conatus est septimam in ordine accommodare rationem, dicens, testamentum fuisse adinuẽtum, quia æquum fuit, vt quis in eo patrimonio quod tot ærumnis, totque laboribus nactus est, quem velit vniuersalem successorem & hæredem relinquat, qui vicem personæ defuncti sustineat, & cum defuncto vnus & idem censeatur, d. l. 1. C. de sacros. eccles. & hoc alio modo fieri non poterat quàm per testamentum, nam si codicillos fecerit, si causa mortis donauerit, vel alio modo disposuerit, non fuisset vniuersalis successor, sed is qui esset ab intestato defuncto proximior, l. hæreditas, C. de pact. conuent. §. pen. infra, de codicill. ergo necessarium fuit testamẽtum introducere, per quod posset quis quem sibi vult hæredem vniuersalem relinquere, vt eum post mortẽ repræsentet, Auth. de iureiur. à mor. præst. in principio.

Tamen non defuerunt quidam nouissimi, qui hanc rationem impugnare conati sunt, dicentes, quod non propter hoc videbatur necesse adinuenire testamentum, quia poterat hoc facere donatione causa mortis, vel codicillis, & similibus, & si dicat aliquis, in donatione, & in codicillis, quis non fuisset successor vniuersalis, sicuti fuisset mediante testamento, cum in donatione causa mortis hæreditas dari non possit, nec etiam in codicillis, d. §. pen. infra, de codicill. Nam respondebant ipsi, quod ex quo habet testator authoritatem, alia vltima voluntate bona alteri addicendi à se auocando, ille cui bona addicta sunt, dicetur successor vniuersalis saltem, quia si non in totum erit successor, erit tamen in maiori parte.

Nihilominus, ista impugnatio nihil obstat: nam ex quo fatentur ipsi, quod non erit successor vniuersalis is qui succedet ex donatione causa mortis, vel codicillis, ergo ad hoc vt quis esset vniuersalis successor, & hæres, necesse fuit adinuenire testamentũ.

Ex alio tamen ego puto d. rationem Tobiæ tueri non posse; nam ipse videtur præsupponere, quod si quis decederet ab intestato, nõ haberet vniuersalem successorem in bonis, nec hæredem, quod tamẽ est falsum: nã mortuo Titio ab intestato, is qui proximior fuerit, is bonorũ successor ac hæres vniuersalis erit, ideo non satis tuta videtur; fateor tamen, omnibus meliorem esse supra recitatis.

Ideò, cum hucusque non sit assignata concludens ratio, quare scilicet testamentum fuerit adinuẽtum, nos duas alias rationes vltra Doctores considerauimus, quæ quidem parum, aut nihil difficultatis habere videntur.

196 Dicamus ergo, quod testamentum fuit adinuentum, ne iniuria vllo tempore defunctus afficiatur; quia si aliquis non esset soluendo, & habeat facultates suspectas, adeò, quod eius timore alius hæres extiturus non esset potest, seruum suum si habeat & si non habeat, põt sibi de illo prouidere, & eundem sibi in testamento hæredẽ instituere, qui siue velit, siue nolit, omninò post mortẽ suam protinus liber & necessarius hæres fit, qui postea est obligatus satisfacere creditorib. defuncti, aut eo non satisfaciẽte, res hæreditariæ suo nomine à creditorib. vẽduntur, & propter hoc defunctus iniuria aliqua nõ afficitur, prout dicit Imperator, in §. 1. I. quib. ex caus. manum. licet vel non, & in §. 1. I. de hære. qual. & differentia. Nam vt constat ex oratione M. Tullij pro P. Quintio, insignis apud veteres erat illorum ignominia, quorũ bona à creditorib. distrahebãtur, & hæc iniuria aliquo modo non poterat euitari, nisi per testamenti adinuentionẽ: nam si quis soluendo non sit, & intestatus decedat, nemo ei hæres existere vult, idcirca bona eius post mortẽ suam à creditoribus distrahentur, quapropter defunctus iniuria non parua afficietur, d. §. 1. quibus ex caus. man. licet vel non.

Quam quidem rationem demum sequutus est Picquard. hic, in pag. 36. quem ego non videram, cum octo abhinc annis quo tempore ego illam etiam dideram, eius commentaria nondum in lucem edita fuissent.

Circa quam rationem ego nunc nouiter illam consideraui, & mihi dubia videtur; quia non est generalis, solum tamen videtur includere testamentum fuisse inductum propter egenos homines, ne illis defunctis ignominia afficiantur, ergo in personis non egenis, sed diuitibus, non videtur habere locum, cogitetis tamen super eam.

197 Vnde, ego aliam vobis refero, quam nunc considerauí, et sic erit nona in ordine, & vltima, vt dicamus, testamentum inter homines emanasse ex causa vtilitatis, quia interest nobis habere plura remedia, l. quod hæredem, §. primo, ff. de tribut. act. l. 1. C. commun. de legat. §. sed non vsque, vers. nostra autem, infra, de legat. quæ quidem ratio non videtur pati aliquam difficultatem, prout patiuntur aliæ supra relatæ.

Et si

Et si fortasse hæc etiam ratio posset morderi, & ex aliquibus in dubiũ reuocari, ego pro responsione vnum tantum addam, videlicet, ꝙ non omnium quæ à maiorib. nostris constituta sunt, ratio reddi potest, l. non omnium, ff. de legib. ideò, quodammodo iuris positiuè hoc dicendum est, de quo iure concludens ratio reddi non potest.

Cum igitur secundum rationem communem, testamentum sit inductum propter pietatem, & ex quadam gratia & priuilegio, quàm ex iuris rigore,

198 Ideo quærunt DD. hic, & in Rubrica, extra eod. tit. an facultas testandi sit introducta de rigore iuris communis, an verò de gratia & ex priuilegio? Qua in re tres sunt DD. opiniones admodum discrepantes.

Prima est, existimantium testandi facultatem ex gratia & ex priuilegio concessam fuisse.

Secunda fuit contraria præcedenti, quod imò testandi potestas non ex gratia, sed ex mero rigore iuris emanarit.

Tertia fuit opinio dicentiũ testandi licentiã nec ex gratia, nec de rigore cõcessam fuisse, sed ex æquitate; De quibus sigillatim à nobis pertractandũ est, vt veritas ex his contrarijs magis elucescat, arg. eorum quæ traduntur per Bart. in proœ. ff. orum, in §. & antea, num. 1.

Et ne in verborum obscuritaté incidamus, pro faciliori huiusce quæst. intelligentia sciẽdum est, ꝙ aliquid ex gratia & ex priuilegio conceditur, quando aliqua regula iuris, vel lex repugnat actui, qui tamen conceditur. Exemplum potest esse in testamento militari, qui miles, contra regulas iuris testatur, & leges illi testamento repugnant, l. 1. de milit. testa. §. 1. ī. de mil. testam. est tex. in l. ius singulare, ff. de legib. & id quod tali via conceditur, non trahitur in consequentiam; l. quod verò contra, ff. de legib. §. sed quod Principi placuit, ī. de iure natur. gent. & ciuili,

De summo iuris rigore aliquid dari dicit, quando nulla lex vel iuris regula repugnat, vt aliquis actus non mittatur exequutioni, & de hoc est exemplum in regula illa quæ habet, vnicuique esse permissum de rebus ad libitum disponere, tunc; quia nihil est quod repugnet, ideò id dicitur summo iuris rigore concedi; l. qua ratione, §. hæc quoque, ff. de acquir. rerum dom.

Ex æquitate autẽ dicitur aliquid concedi, quando verba legis repugnare videntur, sensus autẽ nequaquam, exemplum est in l. 3. §. condictio, ff. de adim. leg. vbi legata adimuntur rationẽ voluntatis; ita declarant DD. de mente Aristot. lib. 1. Ethicor. ad Nicomach.

His sic prælibatis, videamus nunc quid iuris sit in hac quæst. valdè à DD. exagitata, vt vix cognosci possit quænam sit communis opinio.

199 Prima igitur fuit sententia illorũ qui tenuerunt testandi facultatẽ esse ex priuilegio & ex gratia iuris concessam; quã opin. tenuit gloss. in l. illa institutio, ff. de hæred. inst. Christoph. de Castil. hic, quem sequitur Port. in princ. huius tit. Abb. in Rubr. extra de testam. num. 2. Dec. in l. cum qui, ff. de iurisd. omn. iud. & in Rubr. C. quib. non est permiss. fac. testam. num. 5. Eandem opin. tenuerunt Gulielm. Benedict. in Repet. cap. Raynutius, in verbo, Testamentum, nu. 5. par. 1. Petr. Pecchius in tract. de testam. coniugum, cap. 12. num. 3. Moder. Bonon. in Rubr. de leg. 1. nu. 5. Rolandin. in tract. de testam. num. 4. Et tandem hæc opinio non solum communis est, sed etiam magis communis, vt ex dinumeratione authorum constat.

Primo igitur pro hac opin. deducitur ex Decio, & ex alijs; Id quod cõtra iuris regulas conceditur, dicitur concedi speciali gratia, & ex priuilegio, non autem ex rigore iuris, l. peregrè, §. quæsitũ, ff. de acqui. poss. l. iusto, §. nondum, ff. de vsucap. sed testandi facultas contra iuris regulas hominibus concessa videtur, ergo dicitur concessa ex gratia.

200 Minor propositio probatur duplici modo: quia iuris Regula est, ꝙ nemo possit post mortẽ suam id alteri relinquere, cuius dominium morte amisit, vt est text. in l. vxor, C. de legat. l. conficiuntur, §. et si, ff. de iu. codic. sed testator morte sua dominium rerum suarũ amisit, cum mors omnia soluat, §. deinceps, in Authen. de nupt. ergo inspecta regula iuris, quis de rebus suis disponere non posset.

Secundo probatur: quia alia Regula iuris est, dispositio quæ in tẽpus illicitum fuit collata, licèt tẽpore licito facta fuerit, nulla tamẽ dicitur, tex. est in l. quod sponsæ, C. de don. ante nup. sed testamẽtum licèt fiat tempore habili & licito, tamen confertur in tempus illicitum & inhabile, nempè, post mortem testatoris, l. 1. ff. eod. quo casu defunctus bona non habet, arg. d. §. deinceps, in Authen. de nupt. & sic non potest testari, Auth. ingressi, C. de sacrosan. eccles. ergo testamentum contra iuris Regulas concessum videtur,

Ego verò, qui sum insequuturus opin. contra cõmunẽ, ne in recensendis vtriusq; partis argumentis tẽpus conterere videar, in primis singulis argumentationib. pro hac opin. deducendis, singulas accommodabo resolutiones: & quoniã in hoc primo argum. consistit cardo huius nostræ disputationis, & in eo dissoluendo insudant Interpretes, ideò in eius solutione aliquantulum insistam.

201 Prima igitur fuit solutio Baldi, Ang. & Comẽs. in d. l. illa institutio, ff. de hære. inst. & post eos dixit Ias. in Rubr. C. qui testam. fac. poss. & in addit. ad Port. hic, in 10. addit. quos sequitur Bell. hic, quod licèt testator moriatur, non tamen dicitur amittere dominium rerum suarum, & sic nõ testatur de his rebus quarũ dominium morte amisit; Nec etiã dispositionẽ suam confert in tempus illicitum, quia defuncto testatore, ius introduxit personam quandam fictam, & imaginariam, quæ vicem personæ defunctæ sustineret, & rerum dominia defuncti nomine retineret, quam quidem fictam personam hæreditatem appellauit, l. mortuo reo, ff. de fideiussor. l. hæreditas, ff. de acquir. rerum dom. Hæreditas igitur iacens à lege introducta, sustinẽs personam defuncti, retinet rerum dominia pro ipso defuncto, adeò, quod res illæ etiam post mortem videntur esse testatoris, qui non amplius videtur disponere de rebus quarum dominium non habet, nec etiã videtur conferre dispositionem suam in tempus illicitum, l. 1. §. hæc autem actio, ff. qui testam. lib. es. iuss. fuer. vbi hæreditas iacens quæ repræsentat defun-

ctum, est domina rerum; quam etiam ratione sequitur Barbat. in Rubr, extra de testa. in 2. lectura, col. 30. qui loquit, quod aut nos consideramus tempus quo testator disponit, & tunc certum est, quod res suæ sunt; Aut consideramus tempus in quo hæreditas est iacens, & tūc est repræsentatus per ipsam, d.l. hæreditas; Aut consideramus tempus in quo adiuit hereditatem hæres, & tunc certum est, quod hæres est eadem persona cum defuncto, & sermo defuncti dicitur esse proprius ipsius hæredis, vt in Auth. de iurciur. à mor, præst, in princ, Confirmatur per eundē: quia inter heredem & testatorem oritur quasi contractus, glos. in l. is, §. sed cum emolumentū, ff. famil. erciscundæ, vndè videtur, q̄ testatoris dispositio assumat effectum in vita ipsius, licèt non habeat exequutionem nisi morte sequuta, non confert ergo testator dispositionem suam in tēpus inlicitum, in quo non est futurus dominus, quia satis est esse sibi hæredem obligatum in vita, licèt exequutio obligationis habeat locū post mortem. Et pro hoc facit dictum elegans Cyni nostri, in l. si pater, C. de spons. sequitur Bald. ibi; Hanc etiam responsionē sequitur Matthęus Neruccius in d. rubr, extra de testam. num. 2.

202 Sed contra hanc responsionem insurgit Dec. in d. Rubr. num. 11. C. qui testamen. fac. poss. dicens, quod hereditas iacens sustinet personam defuncti fictione iuris inspecta, vt in d. l. mortuo reo, ff. de fideiuss. ibi, vice defuncti fungitur. Ad idem est text. in princ. J. de stipu. seruorum, ibi, personę defunctę vicē sustinet: & fictio videtur de iure speciali, quia ex ęquitate contra veritatem inducitor, l. in rebus, ff. de iure dot. l. postliminium, in princ. ff. de capt. & postlim. reuers. vndè, licèt hæreditas sustineat personam defuncti, & ipsum repręsentet, istud tamē est ex fictione, quo casu, dicitur concedi ex gratia, ergo adhuc sustinetur argumentum pro communi opinione deductum.

Tobias hic, nu. 19. conatur saluare d. solutionē illorum illustrium virorum, replicādo, quod etsi iuris fictione hæreditas repræsentet defunctum, non tamen sequitur, quod sit concessa testandi facultas ex speciali gratia, cum fictio secundum Regulas iuris procedat, cap. ratihabitionem, de reg. iur. l. qui in vtero, ff. de statu homin. Vnde videtur subsistere ex hoc responsio ad argumentum.

203 Ego tamen existimo solutionem ad argumētum defendi non posse, nec tutam videri, quia hæreditas iacens quæ defunctum repręsentat, inducta est de iure ciuili, vt tradūt cōmuniter scribentes in Rubr. ff. de acquir. hęred, nos autem loquimur de iure gentium, quando fuit introductum testamentū, an fuerit concessum hominibus de rigore iuris, an ex gratia, testamentum enim secundum veriorē opin. origine est de iure gentiū, vt supra firmauimus, vndè patet, quod prædicta solutio non est bona, procederet autem, si quæstio esset proposita de testamento iure ciuili inducto respectu formæ.

Item, ex alio non videtur tuta, quia hæreditas repræsentat defunctum in his quæ sunt iuris, nō in his quę sunt facti, Alciat. in l. 2. §. ex his, ff. de verb. oblig. dixit Dec. in l. hæredem, num. 7. vbi Cagnol. num. 18. ff. de regu. iur. facit l. hereditas in multis, ff. de acquir. rer. domin. sed testamentum est quid facti, ergo hæreditas non potest repræsentare personam defuncti, corruit ergo vt videtis prima solutio ad argumentum supra relatum.

207 Secunda igitur fuit solutio ad argumentum Barbatiæ, in d. Rubr. de testam. num. 2. in 2. lectura, dicentis, quod de iure communi attenditur principiū actus, & non finis, quando finis est inhabilis prout est tex. l. 3. §. Scio, ff. de minor. & in cap. per tuas, de probat. notat gl. in l. minoribus, ff. quib. vt indign. & in l. 1. C. quib. ex caus. in integr. rest. l. fi. de mort. infer. at quādo disponit testator, est dominus rerum suarū, & declarat dispositionem in tempore licito, ergo non attenditur finis in quo non est amplius dominus.

Sed hęc solutio non est admittenda, quia contra ipsam obstat illa Regula, de qua in l. quod sponsæ, C. de donat. ante nupt. & in l. eum qui, ff. de iurisd. omn. iud. & iura illa loquuntur in diuersis terminis, & id quod dicitur quod attēditur principiū actus, nō finis, quando finis est inhabilis, procedit, quando principium est adeo perfectum, vt aliter finis necessarius non sit, & ita loquitur text. in d. l. 3. §. Scio, ff. de minor. & in d. cap. per tuas.

Tertia fuit responsio quorundam Doctorū dicentium, quod nō voluntas, sed exequutio tantum confertur in tēpus inlicitum, nō autem vt dixi confertur voluntas in tempus inhabile, ergo ea attenta non videtur disponere contra regulas iuris.

208 Sed neq; ista solutio tollit difficultatem, quia dispositio vltimæ voluntatis non confertur in tempus pręsens, sed in tempus mortis, l. 1. ff. eod. vbi testamentum est de eo quod quis post mortem suam fieri vult, vndè, si concedatur alicui facultas disponendi de aliqua re in vita sua, poterit de ea disponere, per contractus, non autem testari, quia qui testatur, non dicitur disponere in vita, sed post mortem, ita tradit Bart. in cons. 76. incip. Pater filio emancipato donauit.

Nisi saluando d. responsionem dixerimus, quod voluntas testatoris quæ in vita emanauit, sumit robur, & efficaciam, non post eius mortem, sed per eius mortem seu tempore quo moritur, ideo ipsa voluntas iam fuit sortita effectum suum, nec post mortem aliud confertur nisi exequutio, & ita intelligitur text. in d. l. 1. ff. eod. licèt huiusmodi voluntatem ad eius libitum reuocare possit, argum. l. 3. ff. de adimend. legat. vnde hoc pacto prædicta solutio tolerari potest.

209 Quarta fuit solutio quorundam Modernorum in l. hac consultissima, §. ex imperfecto, num. 2. C. de testam. qui dicunt, quod ius gentium potuit, & debuit inducere, quod testator possit transferre dominium in heredem eo tempore, quo non est dominus, & hoc propter pacem, propter publicam vtilitatem, propter charitatem, & propter vitium ingratitudinis euitandum, & alijs de causis, ex quibus dicitur testamentum inductum fuisse, de quib. & nos supra tractauimus; & sic ex prędictis causis licitum est discedere a iure scripto, etiam quod equitas scripta suadeat contrariū, l. placet, vbi glos. & Doctores, C. de iudic. videmus enim quod ius ciuile ex causa statuit contrarium, scilicet, vt qui

non est dominus, transferat dominium in alium, l. non est nouum, ff. de acquir. rer. domin. l. 4. ff. de pignor. act. vbi statuitur, quod creditor aliquando dominium pignoris ad alium transferat quod ipse per se non habet, propter bonum publicum, vnde si id potest ius ciuile, debuit etiam posse ius gentium.

Quę tamen solutio in effectu vult, quod suadente ęquitate, vt hic ius gentium potuerit inducere testamentú, propter quod ille qui non est dominus, s. post mortem, potuerit in alium dominium rerú suarum quę per eius mortem desinunt esse suæ, transfere, id autem quod conceditur ex ęquitate, non dicitur concedi ex gratia, sed mero iure.

Sed ista solutio non tollit difficultatem, concludit enim testamentum inuentum fuisse, non ex gratia, sed non probat esse inductum de rigore iuris, cum ad inuicem aduersentur ęquitas & rigor.

Sexta in ordine fuit responsio ad d. argumentú illorum, qui dicebant de iure gentium quod hæres seu legatarius efficiebatur dominus per occupationem bonorum, quæ post mortem testantis vacabant, ex quo habebat voluntatem defuncti, & sic acquirebat dominium, non accipiendo illud à defuncto, licèt hodie sola aditione de iure ciuili absque vlla apprehésione bonorum efficiebatur quis dominus, l. cum hæredes, in princ. ff. de acquir. possess.

Sed hæc solutio non est bona, quia quamuis hæres efficiatur dominus per occupationem bonorum quæ post mortem testantis vacabant, tamen hoc contingebat mediante dispositione testatoris, qui volebat ei bona relinquere, aliàs vnicuique etiam contra testatoris voluntatem licitum fuisset bona eius occupare, quod esset absurdum, sufficit ergo quod testator disponat de rebus suis in id tempus, scilicet post mortem, quo tempore non erat futurus dominus.

210 Sexta itaque fuit accommodata resolutio, per quosdam Nouissimos, dicétes, quod tempore quo testator disponit, est dominus, licèt postea desinat post mortem, tamen vnusquisque potest eam legem rei suæ imponere quam vult seruandam esse post mortem, & sic illo tempore quo amplius non erat dominus, l. quoties, C. de donat. quę sub cond. l. lege, C. de pact. secùs autem est in d. l. vxor, C. de legat. nam tempore dispositionis dominus nó erat illius prædij, sed tantum vxor erat vsufructuaria, & si istud potest fieri per viam contractus, retinendo dominium apud se vsque ad mortem, l. 1. C. vt ab hæred. & contra hæred. ergo & per vltimam voluntatem. Et responsioni huic accedat, quod videtur hęres de manu domini adire hęreditatem, quandocunque ipse adit hæreditatem, l. hæres, ff. de acquir. hæred. ego ad text. in l. quod sponsæ, C. de donat. ante nupt. respódeo, quòd verum est id de quo ibi, sed in casu nostro non confertur in tempus illicitum, cum quis possit rei suæ imponere legem, quam vult seruandam, vt supra dixi, d. l. quoties.

Quæ quidem Responsio ex deductis huc vsque mihi quidem melior videtur, tamen cogitetis super eam, videtur enim contra l. nemo potest, de leg. 1. secundum quam regulatur voluntas nostra.

211 Septima & vltima, est solutio ad argumentum quam nostro marte fabricauimus, videlicèt, quod dum dicebatur neminem posse id alteri relinquere, cuius dominium ipse morte sua amisit sed testator amittit dominium rerú suarum morte sua, ergo. Nam respondemus, quod illa Regula falsa est, quia imò licitum est vnicuique de re sua ad libitum disponere, etiam quod dominium ipsius rei morte amiserit, argum. l. in re mandata, C. mand. dummodò dominium post eius mortem ad alium nó pertineat, nec aliquod interesse vel ius aliquod quis in re illa prætendat tunc enim dicimus de ea liberè disponere illum posse, & eius voluntas dicitur secundum formam legis regulari, argumento eorum quæ traduntur per Bart. in l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebell. Alex. in l. Gallus, §. 1. de liber. & posth. cum similibus.

212 Neque obstat text. in d. l. vxor, C. de legat. quia respondetur illum tex. cum consocijs, loqui in vsufructu, qui est merè personalis, & extinguitur extincta persona §. fin. supra, de vsufruc.

Nec obstat etiam alia Regula, quod dispositio quæ confertur in tempus illicitum, licèt fuerit facta licita, nulla sit: nam respondemus, illam Regulam procedere, & sibi locum vendicare, quoties lex resistit actui propter effectum quem facit, vt patet in terminis illius legis, vbi lex resistit donationi interuirum & vxorem, ne nimio amore & affectione allecti inuicem, vxor bonis suis spolietur, sed in casu nostro lex non resistit áctui testamenti, sed assistit, l. 1. C. de sacros. eccles. & ita etiam in his terminis limitat illum textum Neruccius in Rubr. ext. de testam. nu. 19. ergo ex his sit sublatum primum argumentum deductum pro opin. cómuni.

213 Secundo tamen pro opinione glos. Abbat. & aliorum, mouetur Abbas in d. Rub. ext. de testam. num. 2. per id quod not. gloss. in cap. Apostolica, vers. sed his omnibus, 8. q. 1. vbi dicit glos. quod si Summus Pontifex eligit aliquem sibi successorem post mortem suam in Papatu, electio nulla est, ea ratione: quia id quod fit tempore permisso, si conferat in tempus prohibitum, non valet, d. l. quod sponsæ, & l. eú qui, ff. de iurisd. omn. iud. ita etiam est dicendum, quod testamentum in quo testator aliquem sibi successorem post mortem suam esse velit, inspecto iuris rigore nullum sit, sed ex gratia & ex priuilegio subsistat.

Respondetur per Bell. quod istud simile non obstat: quia non est mirum, si ibi non sit rata electio Summi Pontificis, quia post ipsius mortem nihil superest quod eius personam repræsentet, respectu illius electionis, sed secùs est in testatore, quia superest hæreditas, quæ vicem defuncti sustinet, vt in iuribus supra deductis.

Sed hanc responsionem impugnat Tobias hic, num. 21. dicens, quod in Pontifice quoq; videtur subesse hæreditas, quæ personam Pontificis repræsentat, cum vnusquisque hæredem habere debeat.

Sed defendendo Bell. responsionem contra Tobiá, replico, quod hæreditas Summi Pontificis ipsum repræsentat, quo ad ea quæ ipsius non fuerunt, sicuti est electio noui Pontificis, quæ ad ipsum non pertinet.

214 Secundo tamen ego aliter (& melius vt mihi videtur) remoueo similitudinem illam, quia diuersa militat ratio in summo Pontifice respectu electionis successoris, scilicet noui Pontificis, & in testatore respectu hæredis, quia summus Pontifex non potest vllo pacto sibi successorem instituere in Pontificatu; ratio potest esse, ne sanctuarium Dei iure quodam hæreditario deferatur, quia summus Pontifex non est Dominus absolutè, sed administrator Dei, & illud dicitur officium, & munus personale, cap. vbi periculum, extra de election. in 6. & ea quæ merè sunt personalia, nõ potest quis post mortem suam relinquere, d.l. vxor, C. delegat. §. finitur, supra, de vsufruc. Vndè non est mirum, si summus Pontifex elegerit quem sibi vult successorem, quod talis electio non valeat: & eo etiam, quia talis electio ab initio fuit nulla, vnde succedit Regu. quod à principio est nullum, non potest tractu temporis conualescere, l. qui ab initio, ff. de reg. iur. §. 1. infra de exhæred. liber. sed secùs est in casu nostro quia testator tunc hæredẽ sibi instituit, quo casu post mortẽ suam hæreditas iacens sustinet personam suam, & retinet rerum suarum dominium.

215 Tertio & aliter dicatis, illas esse dignitates personales, quæ cum persona extinguuntur, & Pontifices & Episcopi ea cõditione eas accipiunt, vt non tanquam domini, sed tanquam nudi administratores sint. sed secùs est in testatoribus. Item; quia vt etiam dicit Neroce. in d. Rubr. de testam. num. 20. adest diuersitas in hoc simili, quia Pontifex non gerit officium vt persona priuata, sed ut iudex vel prælatur de re non sua, sed cuius administrationem habet de iure publico, unde negatur paritas quã præsupponebat Abbas.

Tertio deducitur ex Ias. in add. ad Port. in princ. huius tituli, Testamentum nil aliud est quàm voluntas testatoris, l. 1. ff. eod. sed mero iure inspecto, si testator defunctus sit, defraudatur eius voluntas, argumẽto d. §. deinceps, in Auth. de nupt. ergo mero iure inspecto, testamentum fieri non potest, sed bene ex gratia & ex priuilegio.

Respond. idem Ias. in Rubr. Quib. non est permiss. fac. testam. in Rubr. quem sequitur Tobias nu. 20. quod cum testator viuus voluntatem suam expresserit, dispositio dicitur iam sortita effectum respectu voluntatis, quare hæreditas postea quę vicem defuncti sustinet censetur eius personam repræsentare vna cum volũtate, in qua testator tempore mortis erat, & sic hæreditas per se non habet voluntatem, cum sit ius, vt sup. de reb. corp. & incorp. in princ. Sed repręsentat defunctum cum voluntate sua; d. l. hæreditas, ff. de acquir. rer. domin.

Sed hæc responsio mihi ex duobus non placet, Primò, quia vt supra dictum est, pręsupponit quod testamentum inuentione sit de iure ciuili, quod est contra communẽ opin. vt supra audiuistis, cum de iure gentium esse dicatur, quo tempore nondũ fuit inducta hæreditas iacens; vnde, si hoc verum est, quomodo potest illa persona ficta defunctum repręsentare? Secundò, quia non est verum quod hęreditas iacens repræsentet defunctum cum voluntate, quia hæreditas non habet velle, cum voluntas sit facti, & hæreditas non repręsentet facta, aliàs repręsentaret possessionem, adeò, quod hæres non haberet necesse apprehendere illam possessionem, quod tamen est alienum à veritate, vt tradit Bartol. in l. si vnus, §. pactus ne peteret, ff. de pact. idem Bart. & alij, in l. si is qui pro emptore, ff. de vsucap. est text. in l. cum hæredes, in princ. ff. de acquir. possess.

Vera igitur responsio est, de qua per Ias. in addit. ad Port. quod voluntas testatoris quæ in vita emanauit, sumit robur & efficaciam in vita, & confirmatur deinde per eius mortem, vnde post mortem aliud non confertur nisi executio voluntatis, vt supra diximus in 1. argum.

216 Quarto comprobatur opinio communis, quod ex gratia sit concessum testamentum, tali ratione; Quæ sunt in priuilegium concessa, non possunt alterari seu in alienum arbitrium conferri, cap. priuilegia, extra, de reg. iur. secùs est in his, quæ sunt iuris communis, vt per DD. in d. cap. priuilegia, & in l. quia personali, ff. soluto matrimon. sed testamenti factio non potest alterari, l. illa institutio, ff. de hæred. inst. ergo.

Respondeo, quod testamentum non alteratur per factum testatoris instituendo aliquẽ post mortem suam hæredem, ex quo tanquam dominus verus de re sua disponit secundum formam traditam à lege, l. iubemus, C. eod. & in princ. infra eod. tit. benè autem alteraret testamentum, si in illo non vellet apponere institutionem hæredis, vel numerum septem testium, vel vellet pro parte tantum testari, & tunc non posset, cum nemo facere nequeat quod in suo testamento leges locum non habeant, l. nemo potest, de leg. 3.

217 Quinto deducitur: Dominia rerum secundum Regulas iuris communis traditione tantum transferuntur, l. traditionibus, C. de pact. sed mediante testamento sola animi declaratione in hæredem transfertur hæreditas, §. fin. de hæred. qualita. & differen. ergo est de iure speciali & ex gratia concessum.

Respondeo, quod dominium non solum transfertur traditione, sed etiam vsucapione, d. l. traditionibus, ergo & quod magis est transfertur etiam nuda volũtate, dummodo de ipsa appareat: vndè, quando testator scribit aliquem hæredem, dicitur transferre dominium, text. est in simili, in §. interdum, supra, de rer. diuis. & ibi per Aldobrand. in suis addit.

218 Sexto & vltimo moueor vltra DD. Actus non debet incipere ab eo tempore à quo debet desinere, l. Titio cum morietur, ff. de vsur. sed hominis voluntas morte ipsa finitur, l. 4. ff. locat. ergo non debet incipere habere effectum eo tempore, nisi ex gratia & ex priuilegio.

Respondeo, quod veritate inspecta actus non dicitur incipere à tempore à quo desinit, cum illius voluntas sit perfecta, & morte confirmata, vt millies dictum est supra in responsionib. ad argumenta deducta.

Videtis ergo, quod opinio cõmunis sine fundamento subsistere videtur.

219 Contrariam itaque opinionem, quod scilicet facultas testandi cõcessa sit ex summo iuris rigore, tenuit Bal. Ang. Raphael Comens. in d. l. illa institutio,

tio, ff. de hæred. inst. Iaf. in addit. ad Port. hic, & in princ. Rubr. qui testam. fac. poss. Eandem sequitur Paul. Castr. in l. 1. in princ. ff. ad leg. Falcid. Barb. in Rubr. extra de testam. nu. 2. Nerucci. ibi, nu. 18. Vigl. hic, & Ant. Guibert. Constant. lib. 1. cap. 7. Quæst. iuris ciuilis. Pro qua deducitur

Primo text. in l. 1. C. de sacros. eccl. quæ in text. sic in argumentum inducо.

Ea quæ sunt ex debito, non sunt ex gratia, l. 1. vbi DD. ff. quod quisque iur. sed testandi facultas est nobis debita, ergo non ex gratia.

Minor patet ex d. l. 1. vbi dicitur, nihil est quod magis hominibus debeatur, quam vt supremæ voluntatis liber sit stilus, ergo.

Respondet Dec. in locis supra deductis, videlicet, quod loquitur post conceptionem speciali gratia à iure factam, nam postquam ius admisit facultatem testandi, æquum fuit illam seruari, & liberum esse stilum illius: nos verò loquimur, quando ab initio facultas illa testandi hominibus concessa fuit ex gratia; Et hanc Dec. responsionem sequuntur alij posteriores.

Ista tamen responsio nunquam mihi satisfecit, ex pluribus. Primo, quia ex quo ibi dicitur, quod nihil est quod magis hominibus debeatur, quam vt supremæ voluntatis liber sit stilus, verisimile est quod legislatores hanc testandi facultatem introduxerint, & mero iure concesserint, non autem ex gratia. Secundò, quia aliàs sequeretur, quod iura p eos lata iniqua forent quod nō est dicendum, cum ius sit ars boni & æqui, l. 1. de iust. & iure. Tertio, quia secundum hanc responsionem multa iura restringerentur, dicentia hominib. fuisse concessam disponendi facultatem de rebus suis: sed legum restrictio est euitanda, notant DD. in l. de pupillo, ff. de vulg. & pupill. ergo. Quartò & vltimò, quia hæc responsio est diuinatiua contra text. in l. si putator, ff. ad leg. Aquil. quis enim reuelauit, quod ille text. loquatur post concessionem factam à iure.

Neque obstat vnum quod dicebant aliqui Nouissimi, ponderātes illud verbum (debentur) quod est verbum præsentis temporis, quasi dicat Imperator, nihil est quod magis in hoc præsenti tempore hominibus debeatur, quā vt voluntatis supremę liber sit stilus, ergo videtur præsupponere, contrarium fuisse statutum tempore præterito; nam respondetur, quod non est facienda vis in hoc: quia verbum præsentis temporis ponitur pro alio tempore, vt notant Bart. & DD. in l. verbū oportebat, ff. de verb. signific. item, quia est temporis subiunctiui, quod denotat etiam præteritum, vt in d. l. verbum oportebit, vndè, hoc primum argumentum pro opin. contra commun. subsistit.

220 Secundo confirmatur ista opinio: quia edictum de testamentis est prohibitorium, & vnusquisque potest testari nisi specialiter inueniatur prohibitus, prout not. glos. & Bart. in l. si quęramus, ff. de testam. & tamē si speciali gratia & priuilegio concessum esset, non ita facilè hominibus concederetur, & omnes admitterentur ad testandum eum ea quæ speciali gratia concessa sint, personam non egrediuntur, l. iua singulare, ff. de legib. nec in consequentiam trahantur, §. sed quod Principi, supra, de iure natur. gent. & ciuili, l. quod verò contra, ff. de legib. ideo dicendum est, quod non ex gratia & ex priuilegio concessa sit testandi facultas, sed ex mero iuris rigore.

Sed istud fundamentū nihil valet iudicio meo, prout in hoc etiam concurrit Tobias hic, num. 21. quia non trahitur ad consequentiam gratia & priuilegium, si omnes regulariter testari possunt, quia omnibus fuit concessa hæc facultas, vnde omnes vti & potiri debent hoc priuilegio, nisi aliud lex prohibeat.

221 Tertio tamen probatur hæc opinio. Validum est argumentum de contractib. ad vltimas voluntates, l. fin. vbi Iaf. C. de legat. sed contrahendo poterat voluntas contrahentium post mortem mero iure inspecto conferri, l. vnica, C. vt act. ab hæred. & contra hæred. ergo testando quoque licebit nobis mero iure inspecto voluntatem nostram post mortem conferre.

Huic fundamento respōdet Dec. & alij in Rub. C. qui testam. fac. poss. quod licèt hodie possimus post mortem contrahendo voluntatem nostram conferre, olim tamen non licebat, quando contractus introducti fuerunt, vnde non potest sumi arg. prædictū. Imò & ꝙ peius est, nonnulli retorquent d. argum. quia quemadmodum olim subtilitate & rigore iuris inspecto, non licebat contrahentibus post mortem voluntatem suam conferre, vt probatur expressè in d. l. vnica, C. vt actio ab hæred. licèt postea benignitate suadente contrarium à Iustiniano fuerit introductum, vti ibi: & ita etiam verisimile est, quod olim subtilitate & rigore iuris inspecto, testari & post mortem suam voluntatem conferre non licuerit, nisi deinde ex benignitate & ex speciali fauore inductum fuisset, ex quo vt dictum est, valet argumentum de contractibus ad vltimas voluntates.

222 Sed ista consideratio Modernorum non debet obstare: quia argumentum de contractibus ad vltimas voluntates, ita demum procedit, quando eadem militat ratio in contractibus quæ in vltimis voluntatibus, argumēto l. illud, ff. ad leg. Aquil. & tradit Iaf. in d. l. fin. C. de legat. sed in propositis terminis non militat eadem ratio in vltimis voluntatibus quæ in contractibus, imò diuersa, vt statim probabo, ergo prædictum argum. non procedit; & sic, licèt olim subtilitate et rigore iuris inspecto nō licebat cōtrahentibus post mortem suam voluntatem conferre, d. l. vnica, ex hoc non infertur, quod idem esset in vltimis voluntatibus & testamentis, ex quo vt dixi, non militat eadem ratio, sed diuersa, argum. l. illud, ff. ad l. Aquil.

Quod militet diuersa ratio patet: quia ratio qua re olim liceret contrahentib. voluntatē suam conferre post mortem, est, quia poterant contrahentes in uita disponere, & actus siue dispositio illa in uita effectum sortiebatur, quod quidem secùs erat in vltimis voluntatibus, & in testamentis, quæ non poterant sortiri effectum in vita testatoris, sed effectus conferebatur post mortē. Vndè, si prædictum argumentum non probat contra communē opin. saltem in rei veritate non probat, saltem illam non impugnat, vt Moderni opinantur.

Quarto tamen probatur validè ista opinio. Regula est iurisgentium, & à iuregentium tributa, quod voluntas testatoris volentis in alium rē suam transferre, rata esse debet, §. per traditionem, supra de rerum diuis. quæ facultas disponendi, transferendi, & donandi, sicuti hominibus tributa est in uita, ita & in morte, vnde voluntas supremi iudicij fauorabilior est dispositione inter viuos, arg. l. in testamentis, ff. de reg. iur.

223 Quinto mouetur tenentes hanc partem; Quod iure gentium conceditur iure communi concedi & admitti videtur, § ius autem gentium, supra de iure natur, vbi ius gētium omni humano generi commune est, at testamentum iure gentium admissum, & concessum fuit, vt supra firmauimus secundum magis receptam sententiam, ergo testamentum iure communi admissum dicitur, & per consequens ex iuris rigore introductum est.

Huic argum. respondet Dec. in d. Rubr. C. qui testam. fac. poss. & in d. l. eum qui, ff. de iurisd. omn. iudic. quod testamentum de iure gentium erat permissum de gratia, vt ille qui non erat dominus disponere posset.

Sed hęc responsio est merè diuinatiua, quia cum esset permissum de iure gentium testamentum, & ius sit omnibus hominibus commune, d. § ius autem gentium, ergo testamentum permissum et concessum erat de iure communi; & per consequens, de iuris rigore: nam id quod dicitur esse de iure speciali, dicitur esse de gratia & priuilegio sicuti est testamentum militare, quod non est introductum de iure communi, sed singulare militibus tantum.

Nec obstat etiam secunda responsio Decij, in d. Rubr. C. qui testam. fac. poss. quod licèt facultas testandi competat de iure gentium, tamen nos loquimur de iure ciuili, quo quidem tempore secundum Decium facultas testandi competit ex gratia & priuilegio.

Ista enim responsio est peior priore, quia admittit Decius, quod de iure gentium facultas testandi competeret ex rigore iuris, non autem ex gratia & priuilegio, & hoc mihi sufficit.

Vlterius nō bene loquitur, salua pace sua, quod de iure ciuili testandi facultas competat ex gratia, non ex rigore, quia si de iure gentium competit ex iuris rigore, & non ex gratia, quis deinde reuocauit prædictum rigorem? ad quid concedere facultatem testandi ex gratia & priuilegio, si competit de iuris rigore? præsertim, quia vt probare videtur text. in l. 1. C. de sacros. eccles. superius allegata, de iure ciuili etiam testandi facultas concessa videtur ex summo rigore, ex quo nihil est, quod magis hominibus debeatur quàm vt supremæ voluntatis liber sit stilus.

Nec obstat etiam responsio Tobiæ hic, num. 21. & 22. dicentis, expeditum non esse testamentum à iure gentium introductum, imò, multi contrarium tenent, & verius est fortasse.

Ita enim responsio non vrget, ex quo communis est opinio, illud esse de iure gentium introductum, licèt propter formam & solēnitates traditas à iure ciuili, dicatur esse de iure ciuili.

Nec obstat etiam secūda responsio Tobię d. nume. 22. dato, quod testamentum introductum fuisset de iure gentium, non tamen ex hoc sequitur, ex iuris rigore fuisse admissum, imò, potius de æquitate, cum ius gentium æquitate plurimum consistat.

Replico, quod imò, ex quo testamētum admissum fuit de iure gentium, quod est commune omnibus, d. §. ius autem gentium, benè sequitur testamentum esse de iure communi, et licèt ius gentium vt plurimum fundetur in æquitate, non impedit quod æquitas illa concurrat cum ipso rigore iuris, quia dicitur testamentum fuisse admissum de iure gentium, suadente æquitate, ergo ex hoc fundamento optimè probatur opinio communis.

224 Sexto & vltimo adducitur ex Neruce. in Rubr. de testam. nu. 19. Si testandi facultas competeret ex gratia & ex priuilegio iuris positiui, tunc valeret pactum ademptiuū libertatis testandi, vel saltem confirmaretur iuramento, cap. cum contingat, de iureiur. cap. quamuis, de pact. lib. 6. & cap. licèt mulieres, de iureiuran. eod. lib. consequens est falsum, l. pactū quod dotali, C. de pact. ergo & antecedens.

Confirmatur istud vrgenti ratione: nam ille qui non habet bona, testari tamen potest, vt per Ang. in sua quęst. incip. In refulgenti palatio. & diximus nos supra dum disputabamus de causa materiali testamenti; & istud est speciale & gratiosum, quod quis testatur eodem tempore quo nō est dominus, & quod illam dispositionem deducat ad tempus quo non est dominus, concurrunt duo specialia ad idem, & ex eodē fonte, quod est a iure prohibitum, l. 1. C. de dot. promiss. ergo sequitur quod non fuerit concessum ex gratia.

225 Nec obst. si dicatur, quod imò duo specialia non possunt concurrere, quoties vnum speciale non dependet ab altero: si verò vnum depēdet ab alio, admittitur illorum concursus, l. sub conditione, vbi Bart. ff. soluto matrimon. not. idem Bartol. in l. suis qui pro emptore, in vltima quęst. num. 71. vbi Ias. num. 103. ff. de vsucap. cum similibus.

Nam ego respondeo, quod hic vnū speciale non dependet ab alio; nam concesso quod possit testari, absque bonis, non sequitur deinde ex eo aliud speciale, eo modo quo intelligit Bar. in loco s. citato, vt rectè intuenti patet, ergo cōcursus illorū duorum specialium contra iuris regulas dari potest.

Et ex his sit satis probata opinio contra communem, quod facultas testandi non ex gratia & ex priuilegio fuerit concessa, sed ex mero & summo iuris rigore.

Et quoniam supra diximus hac in quęst. tres reperiri diuersas DD. sententias, iam peractis duabus, sequitur vt & tertiam opinionem referamus hac in disputatione.

226 Tertia ergo fuit opinio Tobię hic, num. 23. qui fuit in ea opinione, testandi facultatem nec ex gratia, nec de rigore, sed ex æquitate tantum fuisse introductam. Circa cuius inspectionem immorari tempus non patitur; ideo dico, quod dum Tobias concludit, non esse de rigore iuris inductam, nos contrariū verius esse supra demonstrauimus. Dum verò ait, esse ex æquitate quadam legis, possumus istud fateri absque præiudicio nostræ opinionis; quia ista æquitas poterit simul concurrere cum rigore

gore iuris: non enim sunt hæc duo inter se repugnantia, quod aliquid sit inductum ex æquitate, & ex rigore iuris, vt nos etiam supra demonstrauimus, & ideò huic quæstioni aliter non insisto.

217 Reliquum nunc est, vt ad id quod vltimo loco polliciti fuimus accedamus, videlicèt, quinam sit effectus testamenti. Vndè, non insistendo, dicatis, quod effectus facultatis testandi in genere est, vtque ad libitum de rebus suis disponere possit, conferendo effectum post mortem, & vt hæres post mortem testatoris fictè sit dominus, verè autem post aditam hæreditatem: & vt legata ab hærede legatarijs præstentur. Sunt & alij multiplices effectus, quos omitto, ne bis repetere cogar, cum de illis, ac de supradictis à nobis sit peragendum in principio huius tit. quo in loco declarabo, quomodo hæc præsentia intelligantur.

Et ex his ad laudem Diuini Nominis sint explicata ea omnia, quę super hanc Notabilem Rubricam dicenda videbantur.

REPERTORIVM AD PRINC. De testam. ordin.

datur

49 Desue-

Testamen-



XPLICATIS fœlicibus auspicijs, quæ ad Rubr. pertinere videbantur, Diuino Numine implorato huius tit. principium interprætandum aggredimur.

1 Totus igitur titulus (omissis aliorum diuisionibus) in duas diuiditur partes principales, in prima quarum de Testamento in scriptis agitur, in secunda verò quæ est in §. fin. agitur de Testamento nuncupatiuo. Prima autem pars subdiuiditur in quattuor particulas, in prima complectuntur ea quæ ipsis testamentis antiquis eorumque correctioni ac denique noui iuris dispositioni magis congrua videtur in secunda de testamentorum subsignatione pertractatur; in tertia de testibus in testamento conficiendo adhibitis fit mentio; in quarta & vltima materia in qua testamentum scribi oporteat absoluitur. secunda ibi, in §. possunt autem, tertia ibi, in §. testes, quarta & vltima in §. nihil autem,

2 Principium verò nostrum omissis diuisionibus Nouissimorum ex mente Ozerij in sex distribuitur partes; in prima ponitur etymologia testamenti, in secunda natura testamenti Calatis Comitijs, & Procincti, in tertia de testamento per æs & libram, in quarta demonstrat, qualiter hęc testamētorum genera tria in desuetudinem abierunt, in quinta agitur de testamento iuris Prætorij, in sexta & finali de testamento in scriptis iure ciuili adinuento. secunda ibi, in vers. sed vt nihil. tertia ibi, accessit. quarta ibi, sed illa quidem. quinta ibi, sed prædicta. sexta & vltima ibi, sed cum paulatim.

3 Summatur text. iste omisso summario Aret. Port. & cęterorum, hoc modo. Testamentum, quod ex eo appellatur quod testatiu mentis sit, sublata triplici antiqua testamentorum forma, hodie in scriptis fit, cum subscriptione testatoris & testium, ac etiam signaculis testium vno contexu & demum cum subscriptione nominis hæredis per manus testatoris vel testium.

4 Circa facti speciem est animaduertendum: nam in iure nostro duplex est modus effingendi casum sicuti & leges ipsæ dupliciter traduntur; aut enim legumlatores procedunt tradendo nobis doctrinam iuris per regulas, & diuisiones, & definitiones, & tunc effingitur casus simpliciter per interrogationem & responsionem, ita firmat Cynus noster in l. ex hoc iure, ff. de inst. & iur. Bald. in l. petens, C. de pact. Aut verò procedunt respondendo de iure secundum alicuius casus contingentiam, et tunc debemus narrare casum, & nominare personas, prout euenit in consilijs Iurisprudentum, vndè, cum & Imperator hic ponat testamenti Etymologiam, & circa iuris antiqui correctionem versetur, aliter per supradicta effingi minimè potest.

5 Facilioris tamen intelligentiæ gratia, ita per interrogationem, & responsionem in qualibet sui parte casus effingi potest. Cum supra in tit. pręcedenti proposuerit Imperator de testamentis peragere, quæsitum fuit ab ipso Iustiniano vnde diceretur testamentum, & responsum fuit, quod testamentum dicitur ex eo quod testatio mentis sit,

Sed contra hanc facti seriem pro ratione dubitādi oppono Primo authoritatē Auli Gellij Noct. Att. lib. 6. cap. 12. & post eum dixit Laurent. Valla, lib. 6. cap. 36. qui dicunt, quod calciamentum, salsamentum, fundamentum, ornamentum, & similia, habent eandem desinentiam, sicut testamentum, ergo arguendo à simili, quod validum est, vt per DD. in l. de quibus, ff. de legib. argum. l. quod Nerua, ff. deposit. Euerard. in sua Cent. Legali, in loco à simili, dicendum est, quod quemadmodum testamentum denotat mentem, ita etiam deberent hęc supradicta nomina mentem significare: at hoc est falsum, ergo nec testamentum significabit mentem, nec à mente dici poterit.

6 Secundo moueor per authoritatem ipsius Vallæ, lib. 6. Elegantiarum capit. 56. & per Seruium Sulpit. lib. 2. de testament. dicunt enim ij, quare potius à mente dicatur testamentum, quam à mento, & à menta, & tamen mentum, & menta, nihil faciunt ad hanc testamenti significationem, & eodem modo mens nihil facere debet.

Tertio & vltimo pro ratione dubitandi moueor authoritate supradictorũ, videlicet, omnes voces à mente dependentes terminantur in mentia, vt vehementia, dementia, amentia, & similes, sed testamentũ non ita terminatur, ergo nō venit à mente;

7 Quibus tamen & alijs similibus non obstantibus, saluando Imperatoris pronunciatum, ac etymologiam, dicatis, quod verè testamentum dicitur à mente. Ratio decisionis est: quia in dispositio-

nc ta-

ne teſtamentaria explicatur tota mẽs magis quàm in alia diſpoſitione, l. 1. ff. de teſtam. ideò optima ratione fuit in teſtamento adnotata mens, mens enim eſt quædam rei demonſtratio, at cum in hac etymologia demonſtretur quod in teſtamento tota conſiſtat mens, ideo teſtamentum dicitur ab ea.

Qua ratione decidẽdi ſtante, non obſtant in contrarium adducta, &

8 Primò, non obſtat dum dicebatur per argumentum à ſimili, quod ſicuti calciamentum, ornamentum, & ſimilia, habent eandem deſinentiam vt teſtamentum, ita etiam deberent denotare mentem, ſicuti & ipſum teſtamentum, at illa omnia mentem non ſignificant, ergo nec teſtamentum.

Nam reſpondeo, quod eſt impoſſibile, imò videtur inconueniens, quod omnes voces eodem ſono terminantes, eandem etymologiam, & ſignificationem habeant, & eo maximè, cum in illis ſupra deductis vllo pacto non poſſit ſignificari mẽs, vt fit in teſtamento.

Secundo non obſtat dùm dicebatur, cur potius dicitur teſtamentum à mente, quàm à mento, vel à menta, & tamen mentum & menta, nihil faciunt ad ſignificationem teſtamenti, ergo nihil etiam ad ſimilitudinem eorum faciet mens ad teſtamẽtum. Nam reſpondeo Primo per Alciat. lib. 3. de verb. ſign. & per Cantiunc. hic, quod Imperator noluit exprimere etymologiam & veram teſtamenti deriuationem, ſed alluſionem quandam ſignificare voluit, & ideò ſatis benè dixiſſe videtur, dicendo, teſtamentum ex eo quod teſtatio mentis ſit, dicitur; Quę tamen reſponſio an vera ſit, videbimus in gloſ. 1. vbi declarabimus hæc tria nomina, videlicet, alluſionem, deriuationem, & etymologiam.

9 Secundo dicatis, quod authoritates Grammaticorum apud nos nihil valent, nulliuſque ſunt efficaciæ quando à legibus aliquid probatum eſt, l. in tantum, in fine, ff. de rer. diuiſ. DD. in l. 1. ff. ſi cert. pet. eſt enim ſtãdum in interpretatione verborum Iuriſprudẽtibus, l. 2. §. vt igitur, C. de conſt. pecun. maximè autem Imperatoris authoritati ſtare oportet, etiã ſi errauerit, l. 3. ff. de ſupell. leg. l. Barbarius, in fine, ff. de offic. Prætor. cum ſimilibus. At in caſu noſtro leges & conſtitutiones approbarunt hanc teſtamenti etymologiam, meritò de Grammaticorum rationibus nihil eſt curandum.

Tertio & vltimo non obſtat dum dicebatur, ꝙ ſi teſtamentum diceretur à mente, deberet appellari teſtamentia, eo quia voces dependentes à mente terminantur in mentia, vt amentia, dementia, & ſimiles; Quia reſpondeo, quod hoc non eſt ſemper verum: nam ſtultitia dicitur à mente, quaſi mens ſtulta, (teſte Sulpicio) & tamen non finitur in mentia, ergo data inſtantia, corruit argumentum, §. pauonum, ſupra, de rer. diuiſ.

10 Aggredior nunc ſecundam partem, quam diximus eſſe in verſ. ſed vt nihil, in qua facti ſpecies effingi ſic poteſt. Cum Iuſtinianus ſupra dixiſſet dari inter homines teſtamentum, quęſitum fuit, quot olim eſſent teſtandi genera? Cui reſpondendo ſatisfecit Imperator, dicens, duo olim genera teſtamentorum in vſu fuiſſe, vnum, quod Calatis Comitijs dicebatur, & illo vtebantur Romani tempore pacis, alterum Procinctum dicebatur, quod conficiebant cum in prælium eſſent exituri, de quorum teſtamentorum generibus infra latiſſimè pertractabimus.

Sed contra hoc dictum oppono, videtur enim quod vnicum ſit genus teſtandi apud ipſos homines, non ergo duo, ſicuti dixit Imperator, patet: quia de iure antiquo non reperitur aliud genus teſtandi, niſi id quod vltima voluntas dicebatur, in quo vnuſquiſque poſt mortem de rebus ſuis diſponebat, ſiue eſſet in bello, ſiue in Ciuitate, quo teſtandi genere vſi fuerunt Philoſophi & antiqui illi Patres, quorũ meminit Eſaias capit. 38. ad Regem Ezechiam, et ſupra diximus nos in Rubr. ergo non duplex teſtandi genus.

Reſpondeatis, quod quæſitum factum abſolutè procedit iure ciuili inſpecto, fuit enim interrogatus Imperator, quotuplex de iure ciuili antiquo eſſet teſtamentum, & dixit, quod duplici genere teſtandi vtebatur Populus Romanus, id quod ſupra dicitur, procedit ante ius ciuile, de iure enim gentium vnicum erat teſtamentum, vt ſupra retulimus in Rubr. ergo ceſſat oppoſitio.

11 Aggredior nunc tertiam partem, quæ eſt in verſ. acceſſit deinde, in qua fuit interrogatus Imperator, an aliud genus teſtandi de iure ciuili antiquo fuerit adinuentum præter illa duo? & reſpondit quod ſic, acceſſit enim alterum genus, quod per ęs & libram dicebatur, quod per emancipationem, ideſt per imaginariam venditionem fiebat quinque teſtibus, & libripende, & familiæ emptore præſentibus.

Pro ratione tamen dubitandi videbatur dicendum, quod non daretur hoc tertium genus teſtandi, patet: quia non videtur hoc eſſe teſtamentum, ſed contractus. Probatur: in teſtamento adeſt conſenſus vnius, cum dependeat à voluntate tantum teſtatoris, quæ dicitur eſſe ſubſtantia teſtamenti, vt per Socin. iun. in conſ. 183. num. 25. vol. 2. §. diſponat, in Auth. de Nupt. in contractibus verò requiritur duorum conſenſus, l. 1. ff. de pact. l. pactum, ff. de pollicit. at in hoc teſtandi genere adeſt duorum conſenſus, videlicèt, emptoris familiæ, & venditoris, ergo.

Augetur dubium: in hoc teſtandi genere adeſt venditio, ergo non eſt teſtamentum. Probatur: vbi eſt precium, ibi eſt venditio, vt infra, de empt. & vendit. in princ. §. venditæ, ſupra, de rerum diuiſ. at in hoc teſtamento requiritur precium, ergo eſt venditio, ergo non teſtamentum.

12 Confirmatur & tertio, fictio appoſita ſuper actum, viciat actum, & per conſequens eſt nullus, vt declarant DD. communiter, in l. ſi is qui pro emptore, ff. de vſucap. at hic adeſt fictio, ergo.

Quibus tamen non obſtantibus, cõtrarium deciſum fuit ab Imperatore, quod imò olim erat tertium genus teſtamenti, quod per æs & libram fiebat, vt infra dicemus.

Nec obſtant contraria: nam ad primum & ſecundum argumentum reſpondeo, quod non eſt mirum, ſi in hoc teſtandi genere adſit conſenſus duorum, & adſit venditio: quia de iure antiquo ſtatutum fuerat, vt nulla fieret alienatio ſine ſpecie, &

figura

figura emptionis, vt infra dicemus in notabilibus, & hinc est, quod emancipatio etiam filiorum, eo iure per immaginatiam venditionem fiebat, §. præterea, supra quib. mod. ius patr. pot. solu. cum ergo hoc pro lege fuerit inductum, necesse erat in hoc testamento esse duorum fictum cōsensum, fictamque venditionem, sed non per hoc desinebat esse testamenrum, imò erat verè testamentum, & non contractus.

13 Ad tertium respondeo, quòd fictio annullat actum quoties est contraria actui, & quoties non est approbata à lege, vt per Scriben. in l. 1. ff. de acquir. possess. imò, quando est approbata à iure, sustinet actum, non autem inualidat, argum. §. si ab hostibus, quib. mod. ius patr. pot. solu. & tantum valet fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero, l. cum oratione, in princ. ff. de excusat. tut. cap. cum dilectus, extra de cleric. non residen. Ioan. Crotus, in d. l. 1. ff. de acquir. possess. num. 64. est ergo testamentum, licèt in eo adsit fictio, vrgente necessitate legis.

14 In quarta parte ita potest effingi Casus. Iustinianus enim dixerat, quod triplex erat testandi genus, Calatis Comitijs, Procinctū & per Aes & libram? quo stante, fuit interrogatus, an hæc prędicta testamenta diutius permansetint, & an fuerint sublata? & respondet, quod illa duo priora testamenta in desuetudinem abierunt, sicuti & etiam in vsu esse desijt vltimum testandi genus.

Pro ratione tamen dubitandi videbatur dicendum contrarium, quod scilicet non erat abolendum testamentū Calatis Comitijs. Probatur: quoniam mortuo testatore hęres non tenebatur eius voluntatem per alias probationes probare, cum enim testamētum factum erat coram omni populo, non erat amplius de eo dubitandum, imò, dicitur perfectior voluntas illa quæ facta est coram maiori numero personarum, l. fin. in fine, ibi, lex etenim ne quid falsitatis ineurrat per duos fortè testes compositum maiorem numerum expostulat, vt per am pliores homines perfectissima veritas reueletur, C. de fideicomiss. hæred. & quod multorum fit authoritate, maiorem habet firmitatem. Alex. in cōs. 95. lib. 2. col. 2. Felin. in cap. nonnulli, nu. 12. extra de rescript. l. 1. ff. de offic. quæst.

Quod nec etiam Procinctum esset abolendum, suadetur: quia eo ablato, fuit impedita facultas testandi, contra notata per Imperatorem, in l. 1. C. de sacrosf. eccles. contra l. 1. ff. de milit. testam.

15 Tertio dubium faciebat, quod nec illud per æs & libram erat abolendum, ex quo per illud dominium firmiori iure ipsius hæreditatis acquirebatur, cum haberet illud ex causa emptionis, & sic ex causa onerosa, & magis fauetur habenti titulum ex causa onerosa, quàm ex causa lucratiua, l. 1. C. de impon. lucr. descript.

Quibus tamen non obstantibus, contrarium decisum fuit vt audiuistis. & ratio potuit esse, teste Theophilo, quare scilicet illa testamenta priora fuerunt sublata: quia multi intestati moriebantur, ex quo nondum venerat tempus populum congregandi, cum bis in anno populus congregaretur testamenti Calatis Comitijs celebrandi causa; Nec etiam erat tempus belli, vt Procinctum quis condere posset. Fuit etiam sublatum tertium genus per æs & libram, quia erat quodāmodo inconueniens, vt hæreditates deferretur quodammodo per contractum, l. fin. C. de pact. l. cum donationis, C. de transactionib. Plura etiā cumulat Pacenardus hic, pagina 19. qua ratione stante, Primum non obstat, nec secundum, quod dicebatur de testamento Calatis Comitijs, & Procincto, quia illis sublatis, facultas testandi fuit ampliata, cum possent testari quomodocunque, in quolibet loco, & quandocunque, notant Doctores per illum text. in l. Lucius, ff. de milit. testam.

Non obstat id quod dicebatur de testamēto per æs & libram, quia etiam firmissimum dominium transfertur in hæredem adita hæreditate per testamentum solemne, & nuncupatiuum, cum hæreditas sit successio in vniuersum ius defuncti, l. nihil aliud, ff. de reg. iur. merito fuerunt sublata hæc tria genera testamentorum.

16 Aggredior nunc quintam partem, quæ est in vers. sed prædicta, in qua quidem fuit quęsitum, sublatis tribus generibus testandi supradictis, quo testamento vtebantur homines? & respondet Imperator, quod ex edicto Prætoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est, in quo testamento septem testium signa sufficiebant.

Pro ratione dubitandi videbatur dicendū, quod Prætor hoc non introduxerit testandi genus. Probatur: quia Prætor non potest facere hæredem, §. quos autem, infra, de bon. poss. ergo nec potuit introducere aliquod testamentum.

Augetur difficultas: quia Prætor in perpetuum aliquid constituere non poterat, cū eius officium esset annale, §. 1. infra, de perpet. & temp. actio. cū consocijs, at testamentum cum forma supradicta fuit perpetuum, ergo non illius origo fuit ius Prætorium.

Quibus non obstantibus, contrarium etiam respondet Imperator, quod Prætor adinuenit aliam formam testamenti, ratio fuit, vt voluntas testantis magis sortiretur effectum suum. Nec obstant adducta in contrarium: nam respondet quod Prætor non facit nec adinuenit testamentum quo ad hæredis institutionem, sed quo ad formam & modum, Pręto. n. nihil innouauit circa hęredis institutionem, ita, quod non videtur per hoc testamentū tradere iura directa, & facere aliquem hæredem, cum hoc non posset.

17 In sexta & vltima parte quæ est in vers. sed cum paulatim, fuit interrogatus Imperator, an testamentum Prætorium de quo supra, vllo vnquam tempore iungeretur cum testamento ciuili, & respondit quod sic, ibi, cępit enim in vnam consonantiam ius ciuile & Prętorium iungi, & hoc fuit factum tam ex vsu hominum, quàm ex constitutionum emendationibus, &c.

Contra quod responsum pro ratione dubitandi ego oppono; Si cępit ex hominum vsu in vnam consonantiam ius ciuile & Prætorium iungi, ergo non ex constitutionibus, ergo malè Imperator.

Secundo, si vsus facit consonantiam, ergo vsus facit legem, sed hoc est falsum, cum vsus nō faciat legem,

legem, cum lex debeat esse scripta, §. scriptum aut, iuncto §. ex non scripto, supra, de iure natur. gent. & ciuili, ergo vsus non fecit hanc consonantiam.

18 Tertiò, præsupposita hac iurium consonantia, non videbatur introducendum hoc testamentum in scriptis, propter plurimas solemnitates, quas hic recenset Iustinianus, videtur enim per illas, quod tollatur libera facultas testandi, contra l. 4. ff. de adim. legat. dicebat enim Port. hic, ex mente Bart. quod prædictę solemnitates adeò difficile reddunt testamentum, vt ipse nunquam viderit nisi vnicum testamentum in scriptis factum, quod deinde ex defectu solemnitatum non valuit, vt supra diximus in Rubr. ergo hoc attento, non erat introducendum.

Contrarium tamen factum est, vt vidistis rationibus supra deductis & infra deducendis: nec obstant contraria, & primo, dum dicebatur, si ex vsu facta est consonantia, ergo non ex constitutionibus. Respondeo ex vsu principaliter, deinde ex constitutionibus, id enim quod vsus approbauerat, lex confirmauit, Vel & secundo, possumus dicere, quod eo tempore fuit ius ciuile iunctum Prætorio, & ex vsu, & ex constitutionibus, melior tamen resolutio prior est.

19 Secundo non obstat, quod vsus nõ faciat legem, verum est, intelligendo de lege scripta, tamen facit consuetudinem, quæ vim legis obtinet, l. de quibus, ff. de legib. l. 2. vbi Doctores, C. quæ sit longa consuetudo.

Tertio etiam non obstat, quod dictum est de solemnitatibus in eo requisitis, quia hoc factum est, vt fraudibus obueniri possit, vbi enim maius est periculum, cautius ibi est agendum, capit, vbi maius, extra de elect. & electi potest. & si hæc forma difficilius hominibus videatur, est & alia facilior, de qua in §. fina. infra eodem, & diximus nos supra in Rubr. dum de testamento nuncupatiuo verba habebamus.

Et ex his sit explicata facti series ad singulas partes text. nostri, cum rationibus dubitandi & decidendi.

Ex hoc textu colligunt Interpretes plura notatu digna: nos igitur tanquam ad vastissimum amnem accedentes, vna cum eis ex eo limpidam hauriemus aquam.

20 Primo itaque notatur, testamentũ ex eo dictum esse, quod testatio mentis sit, ita notant Moder. Patauini, Tobias num. 1. Picenardus, & alij, in 1. notabili, quæquidem etymologia desumpta est teste Viglio hic, in princ. ex lib. 2. de testam. Seruij Sulpitij I.C. antiquissimi. An autem per hæc verba ponatur etymologia, an allusio, an deriuatio, & an tueri possit Imperator ab impugnationibus Doctorum, & à Grammaticorum iaculis, videbimus in glossa 1. vbi est huiusce disputationis verè locus.

21 Notatur secundo loco, secundum Aret. in 2. notabili, argumentum ab etymologia vocabuli valere, quod not. non colligitur ex textu isto, quicquid voluerint hic Moder. Patauini, nu. 3. nam licèt ponatur hic etymologia, aut allusio, aut deriuatio, nõ tamen Imperator ab illa sumit argumentum, nec affirmatiuè nec negatiuè, vnde, & alio etiam in loco malè loquitur Aret. videlicèt, in principio tituli, quibus mod. re contr. oblig. dum colligit ibi, valere argumentum ab etymologia, ex eo quod ibi dixerit Imperator, quod mutuum dicitur si de meo tuum fiat, l. 2. ff. si cert. pet. an autem hoc probabile in se verum sit, disputabimus in dicta glossa prima, faciliores huius argumenti regulas tradentes.

22 Tertio not. ex mente Scribentium, ius, quantumcunque correctum, posse allegari ad hoc, vt in quo correctum est cognoscatur, & causa propter quam ita colligitur ex his verbis, sed vt nihil penitus antiquitatis ignoretur, addstis vos rationem: quia nihil antiquitatis ignorare debemus, vt inquit text. in l. vnica, §. cum triplici, C. de caduc. toll. vbi dicitur, quod id quod tollitur, vel reformatur, non debet esse incognitum. Cætera autem circa hoc notabile, scilicet, an lex correcta quomodo & quando possit allegari ad decisionem causarum, in glossa secunda peramplè nos explicaturus pol. licemur.

23 Quarto not. quod appellatione iuris antiqui, ius ciuile significatur, ita Ozer. nume. 28. & alij colligunt, quod colligitur ex illis verbis, sed prædicta quidem nomina ad ius ciuile referebantur.

Sed contra hoc oppono: nam appellatione iuris antiqui venit ius gentium, tex. est in §. singulorum, supra, de rer. diuis. in l. 1. ff. de acquir. rer. domin. ergo &c.

Respondeo, quod ius antiquum accipitur secundum subiectam materiam, argumento l. si vno, ff. locat. nam quandoque antiquum tempus dicitur tempus centum annorum metam excedens. Alex. cons. 6. in fine, lib. 1. Socin. in cons. 106. lib. 3. aliquando sumitur pro breuiori tempore, videlicèt, quadraginta annorum. Anton. de Butrio, in cap. veniens, de testib. Alex. cons. 70. lib. 3. & quandoque etiam pro minori, vt tradit Cagnol. in l. 4. num. 19. ff. de reg. iur. Crauetta in tracta. de antiquit. tempor. in princ. nume. 1. plura cumulans, modo dico, quod ius gentium respectu iuris Prætorij & iuris ciuilis, dicitur antiquius, & hoc pacto procedunt iura allegata in contrarium, respectu verò iuris Florum, vel iuris nouissimi, ius ciuile xij. tab. dicitur ius antiquius, & ita accipitur hic: inspicitur ergo materia subiecta, quando versamur in antiquis. Sed stante hoc, quod hæc tria genera testamentorum ad ius ciuile referantur,

24 Quæro ego, ad quamnam partem iuris ciuilis referri debeant, ius .n. ciuile variè ac multipliciter accipitur, §. scriptum autem, supra, de iure natur. gent. & ciuili. Primo enim loco accipitur ius ciuile pro ipsa lege xij. tab. l. ius ciuile, §. hoc igitur, vbi etiam gl. ff. de iust. & iure. Secundo capitur pro omni iure scripto excepto Prætorio, l. 1. §. autem, ff. de var. & extraord. cogn. d. §. scriptum. Tertio dicitur ius ciuile, omne id quod additur iuri naturali, vt est solénitas, vel formalitas matrimonij, vel etiam quod additur iuri gentium, vt tutela, vel quod detrahitur a iure gentium, vt est delibatio seu diminutio potestatis dominicæ, vt supra de his qui sunt sui vel alien. iur. Quarto Ius ciuile accipitur pro media iuris

iuris prudentia, l. 2. §. exactis regibus, ff. de origin. iur. text. est in §. cęterum, versic. iuris prudentia, infra de legit. agnat. success. vltimo loco dicitur ius ciuile, omne statutum municipale, §. ius autem ciuile, supra de iure natur. gent. & ciui. l. 1. C. de emancipat. liber. quæro ergo, de quo iure ciuili intellexerit Imperator? Et non insistendo, dicatis referri ad ius ciuile l. xij. tab. cum in ea fieret mentio illorum testamentorum, & verba debent intelligi in potiori significatu, l. non aliter, de leg. 3. l. 1. ff. si ager vectigal. vel emphy. pet. & tanto magis, quia hoc fuit declaratum per l. verbis, ff. de verb. signif.

25 Quinto notatur ex tex. ibi, duo genera testandi, quod olim apud Romanos tria testamētorum genera in vsu erant; vnum, quod Calatis Comitijs dicebatur, alterum quod Procinctum vocabatur, tertium per æs & libram: quorum testamentorū meminit Gell. libro 15. Noctium Atticarum, cap. 27. Connan. in Commentar. iur. ciuil. lib. 9. c. 1. nu. 4. Vacon. à Vacun. in suis Declarationibus in declarat. 20. lib. 1. hæc etiam declarauit Antonius Guibertus, in lib. 1. suarum Quęstionum, cap. 7. nu. 30. Horum etiam meminit Alex. Neapolitan. libro 4. cap. 3. ante eos declarauit Theophil. hic, plura cumulant Moder. Bonon. in Rubr. de leg. primo, nume. 17. de quorum forma, & solemnitate hodie sumus verba facturi, cum nullum verbum de hoc habeatur in textu.

26 Testamētum itaq; Calatis Comitijs illud erat, quo vtebatur P. Romanus tēpore pacis, & in ocio, ob hoc enim testamentum celebrandum bis in anno P. Romanus in Cāpum Martium vocabatur; Præco enim teste Theophilo per vniuersam Ciuitatem circumibat conclamans, & tunc omnis cætus populi congregabatur: quare is, qui de familia hoc est de hæreditate disponere volebat, cotam toto populo ita conuocato suam exprimebat voluntatem, de eo, quod post mortem suam fieri cupiebat, hisque verbis declarabat: Velitis, iubeatis Quirites, vt Antonium Valerium post mortem meam, iure meam familiam, idest hæreditatem meam capiat, hoc ita vt dixi vos Quirites rogo. Id quod si Populo placebat, fieri iubebat, & tunc illius testamentum dicebatur factum Calatis Comitijs, nec opus erat alios adhibere testes.

27 Si autem ex me quæratis, quare fuerit appellarum Calatis Comitijs: dico, quod gloss. hic respondendo inquis, ideo sic fuisse appellatum, quia bonis initijs fiebat, quæ quidem interpretatio communiter improbatur: Accurs. enim non intellexit vim illorum verborum, vt animaduertit Vacon. in d. declarat. 20. nam non reperitur apud optimos linguæ Latinæ authores, quòd Comitium accipiatur pro quodam principio, & initio.

Secunda igitur fuit interpretatio quorundā Nouissimorum, quod illud verbum, Comitijs, accipitur pro coloco, in quem totus populus suffragiorum reddendorum causa conuenlebat. Sed nec secunda interpretatio vllo pacto est admittēda, cum nullibi probetur. Vera ergo est resolutio, vt dicamus, Comitia esse vniuersi populi concionem, differreque Comitium à Concilio: nam si Magistratus non vniuersum populum, sed partem aliquam adesse iubebat, congregatio illa non Comitium, sed Concilium dicebatur: at si Magistratus non partem aliquam, sed vniuersum populum calari, idest vocari iubebat, congregatio vniuersi populi Comitia à commeando appellabatur, calo enim à verbo Græco idem importat, quod voco, vnde Calatis Comitijs, idest conuocatis Comitijs, per lictorem enim seu per Corniticinem calabatur, idest vocabantur. Comiciorum autem alia erant Curiata, alia Centuriata. Romulus enim populum Romanum in triginta partes diuisit, quas partes Curias à cura appellauit, propterea quod Reipublicæ curam per earum sententias expediebat, vt in l. 2. ff. de orig. iur. ita interpretati sunt hæc verba Theophilus hic, & Nicolaus Gracchius in præfatione ad s[illegible]tum de Comitijs. Comitium ergo tanquam nomen generale, ad omnia Comitia referebatur, vnde iam apparet; Hotomanum hic in secunda enunciatione, & post eum Ant. Guibert. in cap. 7. lib. 1. suarum quest. num. 30. malè loquutos esse, dum opinantur, quod Calata Comitia ea dicerentur, quæ pro collegio Pontificio habebantur, quod non est verum, vt audiuistis, cum antiquitus omnia Comitia Calata dicebantur. Et hæc quo ad primum testandi genus.

28 Procinctum testamentum quod eodem tempore vigebat, & in vsu erat, quod & Calatis Comitijs alio nomine militare testamentum appellabatur, quo genere testandi vtebantur Romani, cum in prælium essent exituri, & in aciem vocabantur, in procinctu ipso poterant absque alia solemnitate testari, dum tamen tres vel quatuor testes, de eius voluntate testimonium dicerent; fuit enim hoc testamentum Procinctum appellatum, non quod succinctè fieret, sicuti malè credidit Accurs. hic, sed ex eo, quod fieret in ipso belli procinctu, & ideo procincti milites dicebantur, vt testantur hic Balduin. Viglius, & alij, quasi præcincti, & expediti. Hocque testamentum non poterat fieri nisi in castris, instante tempore prælij & conflictus, vt inquit Imperator hic, dum ait, cum in prælium essent exituri: prælium enim denotat illam pugnam & conflictum, qui cū hostibus habetur, vt per Theophilum hic, & clarius explicat Plutarchus in vita Coriolani, cuius verba Latinè hic Hotoman. in tertia enunciatione vertit, & Viglius, in §. sed vt olim, nu. 8. dicit enim Plutarchus morem fuisse apud Romanos, vt in acie constituti, & iam clipeos sumpturi, togamque præcincturi, hæredem tribus vel quattuor exaudientibus nuncupantes, testamentum simul conderent; Vndè, ex his locis in vnum collectis, iam satis patet, hoc genus testamenti solitum fieri in castris, instante tempore pugnæ.

29 Differt aūt hæc testamenti species à testamento militari quo hodie vtimur, vt apud Plutarchū scriptū refert Vigl. quia militare testamentū tempore Cæsarū esse cępit, ante n. Cęsares nullibi reperitur militare testamentum in vsu fuisse, sed ab illis fuisse introductum propter militiam, sudores, & periculis inita, vt inquit text. in l. 1. ff. de milit. testam. vbi Iulius Cęsar primus militibus liberam testandi facultatem concessit, & notatur ʒ. cod. de milit. testam. Procinctum verò testamentum, vt voluit

ipse Plutarchus antiquitus originem traxit ex l. 12. tabul.

30 Sed ista duo testamentorum genera ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt, vt in text. nostro dicitur; nam cum mali, & inauspicati hominis existimetur, valentem & sanum de morte cogitare, plerique testamentum ad mortis vel ægritudinis tempus differebant, & quouiam nondum Comitiorum tempus instabat, & Populus Romanus cum difficultate conueniebat, intestati homines moriebantur, neque etiam semper erat bellum, vbi possent testamentũ condere quod Procinctum dicitur; Item, & mulieribus testamentum facere non licebat.

Quapropter tertiũ genus testandi introductum est, quod per æs & libram fuit appellatum.

31 Testamentum itaque per æs & libram hoc modo in esse deducebatur, ille enim qui volebat testamentum condere, inueniebat aliquem quem sibi successorem esse volebat; adhibitisque quinque testibus Ciuibus Romanis puberibus, & eo qui libripens dicebatur à pendendo, & libra dictus, de reb. suis disponebat, Scire. n. debetis pro intelligentia dicendorũ, vt declarat Vigl. post Balduin. quod veteres ære graui & rudi nõ signato vtebantur, & non numerabant, sed appendebant precium, vndè, quando aliquis rem aliquam vendebat, recipiebat precium quod in pondere consistebat, vt infra, de empt. & vendit. in princ. & ideo olim in omnibus venditionibus interueniebat libripens, ex quo non numerare, sed ponderare pecuniam solebant.

Item mos esse ceperat apud veteres, vt nulla fieret alienatio sine specie & figura emptionis.

Redeundo modo ad propositum nostrum, ille qui volebat testamentum condere, eum conueniebat quem sibi successorem esse volebat, qui appellabatur familiæ emptor, idest emptor hæreditatis; nam familia pro hæreditate accipitur, l. pronunciatio, §. familiæ, ff. de verb. sig. iste enim fingebat ipsius testatoris bona emere, dando sibi vnum nummum æreum, & duos fortasse, quos ponderare fingebat libripens, vnde bona sua mancipabantur, idest vendebantur, & ita fiebat testamentum per

32 æs & libram, per mancipationem. Animaduertatis, quod dico per mancipationem, non autem per emancipationem, aliud enim est mancipare, aliudque emancipare, sicut ostendam infra in 8. notab. & multi ex nostratib. hac in re plurimum decepti sunt; fiebat ergo per mancipationem, i. per imaginariam venditionem, non enim erat vera venditio, vt dictum est, sed imaginaria, ex quo apparet, vt etiam ex Viglio colligere licet, malè sensisse Accursium hic, dum accipit libram pro hæreditate: nam licèt aliàs libra forsan pro hæreditate accipi possit, in textu tamen nostro non accipitur pro hæreditate, sed pro libra, seu statera; ex quo interueniebat libripens, ille scilicèt, qui stateram tenebat, & põderabat. Hinc etiam fit, malè loquutos esse Nouissimos hic, nu. 3. dum aiunt, quod libripẽs, & stateram tenens erat futurus successor, quod est falsum: quia nõ libripens, sed quidã testatoris familiæ erat futurus successor, & erat loco hæredis, is. n. testatori dicebat: familiam ego tuam ex iure Quiritium meam esse aio; deinde ære libram seu stateram percutiens, illud æs testatori porrigebat, à quo postea familiã, idest hæreditatem & patrimonium suum accipiebat; & hac forma concipiebatur testamentum per æs & libram.

33 Ratio autem quarè ista bonorum venditio ficta & immaginaria fieret, ea est ex Fabro hic, super gl. per æs & libram, quia magis fauetur alicui habenti causam onerosam, quàm habenti causam lucratiuam, vt est text. in l. 1. C. de impo. lucr. & in l. hæreditarium, vbi Barto. ff. de bon. auth. iudic. poss. ideò, vt ipsi hæredi maior fieret fauor, ista venditio celebrabatur, vt haberet hæres causam onerosam, cũ sit quod titulus emptionis sit titulus onerosus, hæreditas verò ex causa lucratiua dicatur, text. pro hoc facit in §. si res aliena, infra, de legat.

Ego verò non existimo hac de causa fuisse introductum, vt in eo testamento fieret bonorum venditio ficta & immaginaria, ad hoc scilicèt vt familiæ emptor loco hæredis haberet titulum onerosum, et per consequens, ei lex magis faueret.

Sed ratio ea est, de qua supra, videlicèt, quia olim apud veteres inoleuerat consuetudo, vt nulla fieret alienatio sine specie & figura emptionis, & sub immagine venditionis, & hinc est, quod emancipatio quoque per imaginariam quandam venditionem fiebat, nam pater qui filium habebat, alteri modico precio fictè vendebat, qui filius hoc pacto de potestate patris exibat, & sui iuris efficiebatur, §. præterea, supra quib. mod. ius patr. potest. soln. adeò, vt existimem ego, hac de causa (ex quo nullã alienatio fiebat sine imagine & figura emptionis) introductum esse, quod etiam in testamento in quo fit bonorum alienatio, deberet ficta & imaginaria venditio intercedere.

Non inficior tamen, quod ratio quare olim in omni alienatione requireretur ista ficta venditio, posuerit esse illa quam Faber posuit, quia scilicèt titulus emptionis est titulus onerosus, ideo ille in quem fiebat alienatio, maius consequebatur commodum, & ei magis fauebatur, argumento d. l. hæreditarium, & ibi not. Bart. ff. de bon. author. iud. possid. d. l. 1. C. de imponend. lucr. lib. 10.

34 Et quod attinet ad hoc testãdi genus, vnum non omittam, quod nostrates non tangunt, quod Faber hic, num. 2. fuit in ea opinione, quod in hoc testamento per æs & libram, emancipatio filiorum interuenire deberet, quæ quidem emancipatio, vt paulo ante dictũ est, etiam per imaginariam venditionem fiebat, & intercedente manumissione, vt est text. in præallegato §. præterea, supra quib. mod. ius patr. potest. soluit. testator enim inquit ipse emancipat filios, hæres institutus postmodum emit omnia bona sua, & erat quidam qui librabat seu æstimabat omnia bona defuncti, & modico ære heres emebat, & hanc opin. ante Fabrum tenuit Nicol. de Neap. hic, & nouissimo loco tenuit Ias. in addit. ad Port. num. 2.

Hæc autem opinio quod testator qui filios habebat in potestate, debuisset eos emancipare antequam testatus esset, secundum eos probatur tali ratione, videlicèt,

35 Nemo potest de alienis rebus testari, sed filij viuente

uente patre dicuntur esse quasi domini rerum paternarum, l.in suis, ff.de suis & legit.hæred. ergo si pater haberet filios in potestate tempore mortis, tunc esset non dominus, & per consequens, tale testamentum non valeret, tanquam de re aliena factum, vndè, ne istud sequeretur, emancipatio filiorum interuenire debebat, deinde confirmari testamentum secundum formam supra traditam. Quæ opinio confirmatur per text.nostrum, dum in eo dicitur, accessit deinde tertium genus testamētorum, quod dicebatur per æs & libram, scilicet, quia per emancipationem, id est per imaginariam quandam venditionem agebatur, & sic expresè videtur per hunc textum, quod in tali testamento emancipatio interuenire debeat, aliàs nullum erit.

36 Sed hæc opinio nullo pacto est à nobis retinenda, cum omnes Interpretes fateantur, quod in hoc testandi genere non requiritur nisi præsentia quinque testium, & præsente libripende & familię emptore, nec vllum verbum faciunt de filiorum emancipatione, & contra ipsam Fabr.& Ias.opin. mouetur Viglius,

Primo, quia si emancipatio desideraretur in hoc testamento, sequeretur, quod omnibus non fuisset concessa facultas & libertas testandi, sed illis tantum, qui habebant filios in potestate, §.fœminæ, supra, de adopt. sed consequens est falsum, quia, immo omnibus licitum erat testamentum condere, licèt filios non haberent in potestate, & hoc etiam fęminis licebat, ergo est etiam falsum antecedens.

Sed animaduertatis, quod hoc argumentum nihil facit contra prædictam opinionem; quia non dicunt Faber & alij, quod emancipatio esset necessaria, sed quod ille qui filios in potestate habebat, antequam testamentū conderet, deberet eos emancipare, ratione prædicta, adeò, quod ipsi non excludebant per hoc ab illo testandi genere eos qui filios in potestate non habebant, neque etiam mulieres, sed aiunt, quod in eo tantum casu emancipatio desiderabatur, quando aliquis in potestate sua filios haberet.

Secundo igitur & melius mouetur ipse Viglius, quia si hæc opinio esset vera, sequeretur, nunquam filium patri suo ex hoc testamento suum hęredem esse, quia emancipatus filius, hæres non dicitur, argumento text. in §.posthumo quoque, infra de lęgat. ex quo suus hæres ille dicitur, qui est in potestate testatoris, & tenet primum locū in suitate, cum nemo eum præcedat in gradu, §.sui, infra, de hæred. qual.& differ. sed consequens est falsum, ergo & antecedens; quia imò, ex eo testamento etiam filius erat suus patri, & absurdum esset contrarium asserere.

37 Tertio facit ex mente Viglij; emancipatio videtur actus extraneus in testamento, sed actus extraneus testamentum uiciat, vt infra videbimus, ergo prædicta emancipatio testamētum viciasset, quod non est dicendum, ideirco ne hoc dicatur, concludendum est, non fuisse necessariam in eo emancipationem, quādo pater in potestate filios habebat.

Verum huic fundamēto posset responderi, quod attenta ratione qua præfati DD. ad hoc dicendum mouebantur, quia s. filij in potestate viuente patre quodammodo domini existimantur bonorum paternorum, & nemo potest de alienis rebus testari, emancipatio non videtur actus extraneus, sed necessarius ad prædictum testamentum.

Sed quoniam prædicta ratio nihil concludit pro prædicta opinione, vt ego statim demōstrabo, ideo etiam responsio non subsistit, neque tollit prædictum fundamentum Viglij.

Vlteriùs possumus contra d. opinionem argumētari; Id quod nulla lege cauetur, necessarium esse non videtur, id enim quod lex non dicit, nec nos dicere debemus, erubescimus enim cum sine lege loquimur, l.illam merito, C.de collat. §.consideremus, in Authent. de triente, & semisse, sed nulla lege, nullaque ratione cauetur nec probatur, in testamento per æs & libram necessariam esse emancipationem quando quis habet filios in potestate, ergo id dicere non debemus.

Qua opinione stante, non obstant adducta per Fabrum, &

Primo, dum dicebatur per text.nostrum, ibi, per emancipationem, & quæ sequuntur: nam non solum refertur ad filios illud verbum emancipatio, sed etiam significat quamcūque imaginariam venditionem, prout inquit Viglius, & eleganter declarat Budęus in primis adnotationibus Pādectarum, prout etiā refert Aldobrand. in suis adnot. in §.pręterea, supra quib.mod.ius patr.potest.solu. & in casu nostro emancipatio non refertur ad filios qui sunt in potestate, vt ille scilicet qui volebat testamentum condere per æs & libram, deberet filios in potestate emancipare, sed significat quandam venditionem, quæ erat necessaria in hoc testandi genere, & in omni alia alienatione, vt supra declarauimus; quod expresè probatur per Imperatorem in textu nostro, dum inquit; Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod per æs & libram dicebatur, per emancipationē, scilicet per imaginariam venditionem agebatur. Imperator ergo postquam dixit testamentum per æs & libram fieri per emancipationem, postea seipsum declarādo inquit, idest per imaginariam quandam venditionem, ad denotandum, quod non fiebat per illam emancipationem quæ refertur ad filios in potestate existentes, sed per fictam & imaginariam vēditionem, quam significat illud nomen emancipatio, & ita vt videtis, contrarium potius probatur ex eo textu.

38 Non obstat etiam prædicta ratio, quod ideirco esset necessaria emancipatio, quia filij viuo patre quodammodo domini reputantur, d.l.in suis, ff. de lib. & posth. vndè, ad hoc, vt pater eorum de rebus alienis disponere non videretur, debebat filios suos emancipare antequam testaretur.

Nam respondeo, quod ista quoque ratio nihil facit: nam verum est, quod ipsi filij viuo patre domini reputantur rerum paternarum, §.sui, j.de hęred.qual. & differ. sed hoc euenit artificio iuris, qui fingit patrem & filium vnam & eandē personam, l.fin. C.de impub. & alijs subst. §.ei verò, infra de inutil.stip. non tamē verè domini sunt, sicuti est pater, & ideo dicebat Bart. in l.sciendū, ff. qui satisdare cog. quod viuente adhuc patre, appellatione generali

nerali dominorum nõ intelligitur actum de filijs, quia s. filij non sunt domini, nisi iuris fictione, vndè sequitur, ꝙ emãcipatio non esset necessaria in testamento, quod fiebat per æs & librã, patria.n. potestas, & illa ficta dominij cõtinuatio impedire non poterat facultatem testandi, ex quo verè pr̃ est dñs rerũ suarum, idcirco, non de alienis, sed de suis rebus disponere dicebat, aliàs sequeretur, ꝙ & hodie nõ posset testari, nisi prius filius in potestate sua existens emanciparetur, attenta ratione prædicta, ꝙ quã sit ridiculum, vnicuiq; patet; Et quod hoc verum sit, quod olim s. emãcipatio non requireretur, probat text. in d.l. in suis, ff. de lib. & posth. vndè, si patri licebat filium suum exhæredare, & interficere, multò magis poterat testari, licèt filium haberet in potestate, & non emanciparet, quia cui conceditur quod est plus, debet etiam concedi quod est minus, l. non debet, la 1. ff. de reg. iur. Auth. multo magis, C. de sacros. eccl. Vndè, firma remaneat opinio Viglij, & communis, contra Fabr. & sequaces, ꝙ olim in testõ per æs & libram, non requireretur emancipatio filiorũ in potestate patris existẽtium.

39 Sexto notatur s̃m Aret. in 3. not. & Syluest. Aldobr. eod. in loco, ꝙ pace ocium, bellis calamitates cõparantur, quod notab. ex tex. nostro non colligitur: nã ocium pro pace ponit, & nulla de calamitatib. fit mentio in tex. hoc tamen in se verissimũ est, vt ipsa rerũ magistra experientia docet, c. quãuis, de elect. & probat per tex. in l. vnica, in princ. C. de cad. tolliend. ad idem facit Auth. de armis, in princ.

Septimo notatur, ꝙ vtrũq; tempus debet custodiri & præuideri s̃m Aret. in 4. not. colligitur illud ex tex. nostro, dum in eo dr̃, duo testamentorũ genera olim fuisse adinuenta, quorũ vno in pace, altero in bellis vtebantur. Comprobatur istud per tex. ĩ. in procem. in princ. notant Ang. Aret. & alij ibi.

40 Octauo notandũ est, ꝙ appellatione mãcipationis venit ipsa vẽditio, quod colligitur ex his verbis, per mancipationem, id est per imaginariã venditionẽ, illa.n. dictio, idest, est dictio declaratiua, l. idest, ff. de dolo malo, l. idest, de bon. auth. iud. pos. l. idest, ff. si fam. furt. fec. dic. Vndè, hac in re hallucinatus est Tob. hic, nu. 4. in 4. notab. dum existimat, notari ex tex. ꝙ appellatione emãcipationis veniat venditio: nam in tex. legitur mancipatio, non emancipatio, hæc.n. duo inter se diuersa sunt, nec vnum & idẽ significant. patet: quia emãcipare, nil aliud est, q̃ liberare & manumittere, non autẽ est vendere, quicquid dixerit Vigli. in §. accessit, nu. 3. & nu. 31. & licèt emãcipatio fieri soleat per imaginariã venditionẽ, d. §. præterea, ĩ. quib. mod. ius pat. pot. sol. tñ illa venditio imaginaria non erat emancipatio, sed mãcipatio. Mancipare aũt est reddere, seu obligare, & in potestatẽ seu in manum suã redigere, vnde mancipia dicta sunt; Hoc probatur authoritate peritissimorũ linguę Latinæ, & p̃cipuè M.T. Cic. in 2. Philippica, pag. mihi 200. B. vbi non emancipatũ, vt legit Tobias, sed mãcipatum pro venditũ, & obligatum ponitur. Inquit.n. Tullius tamẽ iste venditũ atq; mancipatum Tribunatũ, consilijs nostris opposuit, prout refert Tob. loco præmonito.

41 Nono notatur ex Ozerio hic, in 5. notab. nu. 31. ꝙ lex quãdo ponit vnũ actum, & procedit vlterius eundẽ actum ponendo pro alio, non attenditur ille primus actus, sed ille pro quo est positus: quod probatur, cũ in tex. nostro ponat emancipatio pro imaginaria venditione, & tũ certũ est, in hoc testũ conficiendo, aliquã emancipationẽ non requiri, sed tñ imaginariã venditionẽ, & sic ibi non attẽditur primus actus, sed ille potius, ꝓ quo primus est positus. Ad idẽ facit tex. in §. item is, vbi idẽ Ozer. notat, ĩ. quib. mod. re contr. obl. cũ multis per eũ deductis.

Sed animaduertatis, ꝙ hoc notabile non potest colligi ex hoc textu, cũ hic de emancipatione nulla fiat mentio; sed benè de mancipatione, quæ differt ab emancipatione, & idẽ est cum ipsa imaginaria venditione, vt iam declarauimus in præcedenti notabili; licèt ergo hoc notabile in se verum sit, tamen ex textu nostro non colligitur, & Ozer. sicuti Tobias in hoc toto cœlo errauit, sicuti etiam errauit Picenardus in sexto notab. pagina 22.

42 Decimo noto ex Aret. in 5. notab. ex Ozer. in 4. ex Tob. in 5. ex Picen. in 7. ꝙ Lex seu Constitutio, siue Statutum, tollitur per non vsum seu desuetudinem, sed quoniã hæc quæstio altissima & difficilis est, & plura sub se continet capita, ideo tum gratia vtilitatis, quæ ex ea colligitur, tum etiam veritatis indagandæ causa, in prædicto articulo aliquantulum est nobis immorandum.

Sed antequam vlterius procedamus, vnum non omittemus, videlicèt, hoc notabile non colligi ex isto tex. sicuti DD. crediderunt. Probo hoc: nam licèt illa testamentorum genera in desuetudinẽ abierint, non per hoc dicitur in tex. illa esse correcta ab Imperatore, nec amplius fieri posse, & licèt re vera correcta fuerint per cõtrariam consuetudinem, ex quo homines antiquo illo vsu posthabito, nouas condendi testamenti formulas introduxere, tamen hæc correctio non venit per simplicem non vsum, sed per contrarium vsum; si ergo per contrarium vsum tolluntur, ergo non simpliciter per nõ vsum, ergo hoc notab. non potest colligi ex tex. isto, cum dixerint præfati DD. notandum esse, legem tolli per non vsum, lapsi sunt ergo illi maximi viri.

43 Præsupposito modo, ꝙ colligatur: ego pro faciliori huius quæst. intellectu, ex mente Scribentium distinguo tres casus, prout tripliciter non vsus seu desuetudo in iure consideratur: nã vsus aut est contrarius ipsi legi, aut est diuersus à lege, aut verò non est nec contrarius, nec diuersus ab ea. Vsus enim contrarius legi dicitur, quando lex aliquid disponit, vsus tamen hominũ contrarium statuit. Exemplum est in l. 1. ff. famil.ercisc. vbi lex defert hæreditatem filijs æquis portionibus, vsus tamen hominum prout est in Anglia, & in Gallia, admittit solummodo ad hæreditatem primogenitum, vndè, cum homines disponant contra legem, appellatur dispositio illa vsus contrarius legi.

44 Vsus non contrarius legi, sed diuersus tantũ, ille dicitur, quando lex aliquid disponit; hominum tamen vsus aliter disponit, diuerso modo, non contrario legi; Exemplum est: Lex pro aliquo delicto imponit pœnam capitis, vsus tamen hominum vice pœnę capitalis introduxit pęnam pecuniariam, & sic non faciunt homines contra legem, sed disponunt diuerso modo à lege.

Vsus verò qui nō est contrarius, nec diuersus, dr, quando Lex aliquid disponit super casum qui de rarò euenit, & si euenerit, vsus tamen non seruat legis dispositionem, nec contra ipsam aliquo pacto facit, siue contrario siue diuerso modo; Exemplū est: Lex vult hermophroditum iudicari secundū sexum in quo magis preualet euenit casus iste quod quis hermaphroditus dicebatur, & homines nō iudicarunt illum secundum sexum, an deberet appellari masculus, an femina, sed nihil fecit, nisi q̄ prædictam legem non seruarit, & iste dicitur vsus non contrarius, nec diuersus à lege, & de isto triplici vsu videtore Bald. in §. ex non scripto, nu. 5. supra, de iure natur. gent. & ciuili, Petr. de Rauenna in tract. de consuetud. in fine. Hanc vsu diuisionem declarauit Vallascbus in l. Imperium, num. 142. ff. de iurisd. omn. iudic. His sic positis, videndum est, per quodnam caput supradictorum Lex tollatur.

45 Primum ergo sit caput, an Lex seu Statutum tollatur per vsum contrarium ipsi legi, quando s. Lex aliquid disponit, vsus aūt contrarium facit. Qua in re concludunt DD. quod in hoc casu Lex ipsa tollitur; quam opinionem tenet Aret. in 5. not. hic, & in §. igitur, supra in proœm. Ias. in l. de quibus, nu. 33. ff. de legib. & ante eos tenuit Bart. in §. & antea; in proœ. ffotum no. 1. Bald. in l. rem nō nouā, C. de iud. eā sequuti sunt Cynus noster, in l. 2. C. quę sit lōga cōsuet. Salicet. & Alber. in d. l. de quibus, & tādem, nullus est qui ab hac opin. decedat, cū sit in iure casus apertus, in quo non est facienda dubitatio, l. in claris, ff. de reg. iur. l. ancillæ, C. de furt.

46 Probatur ex l. 1. C. de ædific. priuatorum, iuncta l. altius, C. de seru. & aqua, vbi Lex permittit in suo ædificare vsque ad cęlum, & in quibusdā Ciuitatibus contrarium inducitur, prout declarat glos. in d. l. 1. Ratio est: quia consuetudo seu vsus inducit legem, l. de quibus, ff. de legibus, Lex autē posterior tollit priorem, l. pen. l. pacta nouissima, C. de pact. ergo & lex tollitur per contrarium vsum.

Confirmatur ex tex. in c. in istis, §. legis, & in §. hęc & si legib. 4. dist. par. 1. vbi dicitur, leges instituuntur, qn̄ promulgantur, confirmantur autem, quando morib. vtentium approbantur, ergo à contrario sensu, transgressores legis, quę communi vsu approbata non est, non puniuntur aliqua pęna; deducitur per Canonist. glos. singularis in verbo, frangere, in cap. de treg. & pace, dum inquit, quod illa Decretalis, non ligat Episcopos, eo quia vsu vtentium non fuit approbata: Hostiens. tamen in d. cap. 1. de treg. & pace, tenet opin. contrariam, quod imò nec per vsum contrarium tollatur lex, cuius opin. sequitur Archidiac. in d. §. leges, in 4. distinct. quē etiam refert Imola, in d. cap. 1. num. 12. de treg. & pace. Pro qua quidem opinione tali medio mouebatur ipse Hostiens. loco supra citato.

47 Lex est præcepti, vnde ob hoc non videtur ab ea posse aliquo modo recedi, per desuetudinem intelligatis contrariam, prout exponit glos. in d. l. de quibus, in verbo, per desuetudinem, imò, peccat non seruans legem, cap. 2. ea. solitę, de maiorit. & obed. & cap. quod debetur, 14. quæst. 1. Confirmatur hæc ratio per eundem, quia tempus non est modus tollēdæ obligationis, l. obligationum ferè, §. placet, ff. de act. & oblig. c. peruenit, de censi. not. Io. Andr. in Rubr. de consuetud. ergo non potest tolli Lex.

Tamen non est recedendum à communi & indubitata conclusione, quod Lex per vsum contrarium tollatur. Nec obstat fundamentum supra deductum per Hostiens. nam respondet Imola in d. cap. de treg. & pace, nu. 12. & ante eum Calderin. ibi, qui distinguebat; Aut lex præceptoria emanat super eo cuius contrauentio aliàs de se generabat peccatum mortale, & tunc non tollitur per desuetudinem contrariam, etiam si à principio non recipiatur, per ea quæ habentur in cap. fin. de cōsuetud. Si verò emanat super eo cuius contrauentio de se non inducit peccatum mortale, tunc licèt primi nō obedientes tali legi præceptoriæ peccauerint, per id, quod habetur in cap. 2. de maior. & obedient. & in d. cap. quod debetur, 14. quæst. 1. tamen contra ipsam potest præscribi, vt in d. §. leges, 4. distin. & postquam erit præscripta, contrafacientes non peccabunt, cū post præscriptionē nō obstringātur.

Nec obstat quod tempus non tollat obligationem, quia hic non est solum tempus, sed resistentia subditorum vna cum lapsu temporis; Et ex his sit primum caput explicatum.

48 Intelligatis tamen prædictam communem conclus. procedere, vt tollatur Lex ciuilis, non autem naturalis, vel iuris gentium. Ratio est: quia similis vsus dicitur esse ciuilis, §. cōstat, supra de iure natur. gent. & ciuili, vndè poterit tātum tollere ius ciuile, cum vnumquodque dissoluatur eo vinculo quo ligatum est; l. nihil tam naturale, ff. de reg. iuris.

Secundo intelligatis procedere, quando generalis fuerit Lex, & generalis est consuetudo, vel Lex specialis, & vsus specialis, secùs tamen esset, si lex esset specialis, & cōsuetudo generalis, vel è contra; nam tunc non tollitur Lex per nō vsum, text. est in l. 2. vbi glos. C. quę sit lon. cōsuet. Bar. in d. l. de quibus, ratio est: quia non est illarū æqualis potentia.

49 Secundum erat Caput huiusce disputationis, an Lex tollatur per vsum qui non est contrarius legi, sed diuersus, & in hoc capite maxma inest difficultas, & valdè elaborarunt Scribentes. In hoc inquam capite duæ sunt sententiæ. Prima fuit antiquorum, tenentium, quod per vsum diuersorum à lege, lex ipsa nullo modo tollatur, pro qua plura deducuntur argumenta, & primo.

Virtus atque operatio desuetudinis seu nō vsus, est inumbrare, non autem tollere, ergo illud quod per non vsum est infectum, non est sublatum, sed solummodo splendore caret, ergo per non vsum diuersum lex non tollitur.

Maior probatur per §. igitur, supra in proœm. vbi dicitur, quod hoc in libro Institutionum expositum est, id quod antea obtinebat ius, & quod postea desuetudine est inumbratum, demum ab ipso Imperatore illuminatum.

50 Ego verò, qui opin. communem sum insequuturus, respondeo, quod in casu nostro inumbrare nil aliud est, quam tollere, benè quidem fateor, quod illud quod est scriptum in lege; ipse non vsus non faciat quod non sit scriptum, cum sit impossibile quod id quod scriptum fuit, non sit scriptum, tamen potest ille non vsus id quod est scriptū in lege,

vanum,

vanum, & irritum reddere, ita, quod illa inumbratio, nil aliud sit, quàm legis remotio, cum lex nō dicatur id quod scriptum est, cum in scriptura minimè consistat, sed virtus & obligatio quæ à verbis depēdet, dicatur esse lex, l. scire leges, ff. de legib. vbi scire leges, est, non verba, sed vim, & potestatem illorum tenere; vnde, hoc primum argumentum non vrget vt videtis.

Secundo deducitur: non vsus viæ publicæ non potest tollere viam publicam, ergo nec vsus tollet legem. Maior patet ex l. viam, ff. de via publ. vbi viam publicā populus non vtendo, illā tollere non potest, ergo arguendo à simili, non tollet & legem.

Respondeo, quod similitudo ista non est bona, quod Populus transeat per hanc vel per aliā viam, se compatiūtur, sicuti per contrarium, non se compatiuntur, quando aliqua lex sit in vsu, & homines aliter disponant, non ea vtendo.

Secundo respondeo, quod ibi in d. l. est casus specialis, rōne publicę vtilitatis, prout declarat ibi gl.

51 Tertio tamen confirmatur prędicta opinio, qm̄ aliquid corrigitur dicitur esse, & vigere, quia id quod non est, corrigi non potest, argum. l. pen. ff. de reb. cred. sed Imperator corrigit id quod erat desuetudinę inumbratū, ergo desuetudo non tollit legē. Minor probatur ex l. fin. C. de iure domin. impetr. vbi Imperator corrigit illā cōsuetudinē, qua disponebat, quod in annū debitor perdat ius pignoris, licèt nō vsu iā esset infecta, ergo si erat infecta, & tamen eā corrigit, sequitur, quod non vsu non possit tollere legem: nā si eam abstulisset, vtiq; corrigere non potuisset.

Respondeo, quod Imperator corrigit id ad maiorem declarationē, vt inquit d. l. fin. vbi Imperator inquit, se velle corrigere clariorib. remedijs, quasi dicat, id antea per non vsum esse correctum; sed nō ita bene, & sic videtur Iustinianus fateri contrariū, quod lex non tollatur per non vsum.

52 Quarta deducitur: Nihil tam naturale est, quod eodē nodo quo ligatū est nō dissoluat, l. nihil tā, de reg. iur. sed lex est inducta expresso cōsensu populi, ergo & expresso dēt tolli, at nō vsus est taciti populi cōsensus, ergo per nō vsum diuersū nō tollitur lex.

Respondeo, quod taciti & expressi eadē est virtus in dispositione legis, ita firmant DD. communiter, in l. cum quid, ff. si cert. per. Confirmatur hęc responsio ex verbis Iustiniani, in §. sed naturalia, supra, de iure natur. gent. & ciuili, ibi, quaque ciuitas sibi ius constituit, sępe mutari solet, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.

53 Quinto pro eadem opin. antiquorum deducitur: Tēpus non est modus tollendę obligationis, sicuti nec inducenda, l. obligationum ferè, §. placet, ff. de act. et oblig. sed desuetudo seu nō vsus, nil aliud est, q̄ ius tēporis, ergo non pōt desuetudo tollere obligationē causatam à lege, & pariter nec ipsam legē. Respondeo, quod tempus non est modus tollendæ obligationis, scilicet tempus solū hoc facere nō potest, sed in casu nostro est resistentia populi, qui nō vtitur illa lege, ideò per non vsum tollitur lex.

54 Sexto per nō vsum seruitutes non tolluntur, nec amittuntur, l. iter, ff. quemadm. seru. amitt. sed seruitus est ius, ergo per non vsum lex non tollitur.

Respondeo, quod imò per non vsum seruitutes tolluntur, text. est in l. si locus, in l. si partem, ff. quēadm. seruit. amitt. Nec obstat text. in d. l. iter, quia ibi est speciale fauore religionis, ac sepulchrorum causa, nam dicitur ibi, quod non vtendo itinere, quod ducit ad sepulchrum, non potest illud tolli, glos. ibi inquit, esse speciale, regulariter tamen seruitutes tolluntur per non vsum, vt ex inscriptione Rubr. quemadm. seruit. amitt. constare potest.

Secundo respondetur, quod seruitus non est ius prout consideramus nos, scilicèt pro eo, quod est ars boni & ęqui, l. 1. ff. de iust, & iure, sed est ius seruitus ipsa, eo quia est incorporalis, §. 1. ī. de reb. corpo. & incorp. & animaduertit Tobias etiam hic.

55 Septimo cōprobatur: Clarū est, & fatetur etiam ipse Aret, quod non vsu per se non tollit legem, ergo nec coniunctus cum actu diuerso ab ipsa lege, argum, l. spadonē, §. qui iure, ff. de excusat. tut. vbi singula quę non prosunt, nec etiam multa iuuant.

Respondeo, quod istud est verum, quando iste non vsus coniungeretur actui inualido ad tollendā legem, & tunc procedit d. Regula, sed quando coniungitur cum actu valido, tunc secùs est: nā quę nō prosunt singula, tamen multa iuuant, l. a. §. ætas, ff. de excusa. tutor. et duo vinçula magis ligant quā vnum, §. sed hodie, supra, de adoption. sed iste non coniungitur eum actu valido, videlicèt, cum dispositione diuersa à lege, ergo tollit legem.

Tertio & vltimo adducitur pro opin. dictorū antiquorum: iste nō vsus nihil ponit in esse, nec aliud ius includit, ergo non tollit legem.

Respondeo, negādo quod non vsus nihil ponat in esse, imò, aliquid ponit, & hoc est contra cōem theoriam Scribētium, in d. l. de quibus, ff. de legib. quæ est, quod consuetudo faciat legem. Videtis ergo quod prędicta opinio sine fundamēto subsistit.

56 Vnde contrariam opinionem sequutus est Bart. in proęm. ffotum, in §. antea. Aret. in §. igitur, supra in proęm. vbi etiam gl. Ias. in d. l. de quibus, nu. 33. ff. de legib. Cyn. in l. 2. C. de legib. de communi opinione testatur Ias. in d. loco, num. 33. tenuit Petr. de Rauenna in d. tract. consuetud. nu. 190. quę opinio probatur.

Primo loco per text. nostrum, dum in eo dicitur, alia testandi forma inducta est, et illa duo prima genera testandi in desuetudinem abierunt, & in vsu esse desierunt, ergo per non vsum diuersum à lege tollitur lex ipsa.

Secundo probatur per text. in §. conceptum, infra, de oblig. quæ ex delict. nasc. vbi dicitur, quod actio furti concepti, & furti oblati, in desuetudinē abijt, ex quo potest habere locum actio furti non manifesti, & sic per non vsum diuersum lex tollitur.

Tertio confirmatur d. opinio ex §. pęnam, infra, de iniur. vbi dicitur, secundū leg. xij. tabul. Si quis per iniuriā alicui mēbra rumpebat, puta manū, vel pedē, patiebatur eandē pęnam, quia & eidem erat amputanda manus. subdit deinde text. sed postea permittebant Pretores, ijs qui iniuriam passi sunt, ęstimare iniuriam passam, ad hoc, vt Iudex cōdem net illum tanti, quāti iniuriam passus est: nam lex illa qua puniebatur quis ad membrum, pro membro, in desuetudinem abijt, & sic vt videtis, ibi est diuersus casus à lege, & tamen tollit legem.

Quarto pro eadem opinione cõmuni facit text. in l.1.§.sed & si, C.de veteri iure enucl.vbi dicitur, quod etsi quæ leges veteribus libris positæ in desuetudinem abierunt, nullo modo easdem vobis proponere permisimus, sed id obseruatur quod frequentissimus iudiciorum ordo exercuit, & longa huius almæ vrbis consuetudo comprobauit.

57 Quinto ego moueor Virtus desuetudinis est abolere, d.l.1.C.de caduc.toll.vbi dicitur; quod illa constitutio de legatis caducis, desuetudine est abolita, sed abolere est penitus tollere, toto tit.ff.de abolit. ergo Lex vel Statutum vel Constitutio per non vsum diuersum à lege, tollitur.

Sexto virtus desuetudinis, seu non vsus est perimere, Auth.Quib.mod.natur.effic.sui, vbi dicitur, quod etiam non vtendo, lex ipsa perempta est, sed perimere, est penitus tollere, ergo desuetudine lex perimitur, ac tollitur.

Septimo deducitur: seruitutes per non vsum amittũtur, l.si locus, & per tot.tit.& per Rubr.illius, ff.quemad.seruit.amitt.sed seruitus est ius, l.1.ff.de seruit.vrb.præd.§.1. Inst.de vsufr. de seruit.rust. & vrb.præd.ergo lex tollitur per non vsum; Sed hoc non multum stringit, per supra dicta in 6. argum. partis aduersæ.

58 Octauo & vltimo moueor pro hac parte cõmuni: quia illę tantum leges debent admitti, & obseruari, quæ frequentissimę sunt in ordine iudiciorũ, aut quas longa consuetudo approbauit, text. est in d.l.1.seu vnica, §.nullas itaq;, C.de veteri iure enu. sed illę quę iã abierunt in desuetudinem, nõ sunt tales, ergo non dẽnt admitti, & per cõsequẽs tollunt.

Vnde ex ijs traditis firma remanet Conclusio, Legem seu Statutum tolli per non vsum diuersum à Lege vel Statuto.

59 Vltimum erat Caput in hac quæst. quod explicare polliciti fuimus, vtrum Lex vel Statutum tollatur per non vsum, qui non est contrarius nec diuersus à Lege, sed est non vsus simplex. Exẽpli causa: Domus in ciuitate Pisarũ semper minata est ruinã, nunquam tamẽ per vicinos fuit petita cautio de dãno infecto, iuxta tit.ff.de damno infecto, nũquid per istud nõ vsũ, in desuetudinẽ abierit titulus ille? & videretur dicendum hac in re, quod sic lex enim illa in desuetudinem abire videtur, qua populus vsus non fuerit, & ita abrogari posse videtur, &

Primo per iura superius deducta, videlicèt, per text. in §.igitur, supra in proęmio Institut.

Secundo per l. vnicam, in prin. C.de caduc.toll.

Tertio per text.in d.§.quibus, prima Const. Codic.in quib. omnib. locis videtur ex non vsu legem in desuetudinem abire.

Quarto & vltimo ꝙ in hoc casu lex ista per nõ vsum simplicem tollatur, facere videtur, quia seruitutes per non vsum amittuntur, l.si partẽ, ff.quemadm. seruit.amitt. sed seruitus est ius, l.1.ff.de seruit.ergo lex per non vsum amittitur.

60 Contrarium tamẽ verius est, quod imò lex non tollatur; Quã opinionẽ sequuntur & Iuristę, & Canonistę, varijs in locis, vt asserit Gaspar Vallaschus in l. Imperium, num.142.ff.de iurisdict.omn.iud. qui hanc dicit esse cõmunem; Vnde dicebat Bart. in §.& antea, in proęm. ffortum, & in l.fi.§. sed cũ antiquitas, de curat.furios. quod per non vsum simplicem nullo pacto tollitur lex in mille annis, sed bene per contrarium vsum; tenuit Ias.in d.l.de quibus, num. 33.ff. de legib.qui testatur de communi.

Pro qua facit text.in l.fin.in princ.C.de iure domin.impetr.vbi dicitur, quod Imperator vetustissimam obseruationem quæ nullatenus in ipsis rerũ claruit documẽtis, penitus esse duximus amputandam, imò clariorib.remedijs corrigendam; inducitur ille text. pro hac opinione hoc modo; Correctio
61 alicuius iuris pręsupponit validitatem, argum.l.nã & si sub conditione, §.rumpendo, ff.de iniust.rupt. & irrit.testam.sed in d.l.fin.corrigit Imperator antiquum ius inusitatum, & nunquam in vsum deductum, ergo præsupponit, quod ante correctionẽ factam valebat, licèt in vsu non fuerit, & ita per non vsum, lex non abrogatur. Sed animaduertendum est, quod lex illa loquitur in vsu diuerso à lege, vt supra diximus.

Secundo si esset verũ quod per huiusmodi vsum tolleretur lex, sequeretur, quod mille leges Infortiati essent correctæ, quia non euenit casus earum, quod non est dicendum, cum absurdum sit dicere, prædictas leges correctas esse; Et ita argumentatur Aret.in d.§.igitur, supra in proęmio.

Tertio quia sicuti non tollitur via fauore publico, nec iter fauore religionis, per non vsum, d.l.iter, ff.quẽad.seruit.amitt.l: via publica, ff.de via publ. ergo tanto magis cessante fauore & pietate; Sed caue, quia cessante fauore publico, & pietate, iter & via tolleretur, quia leges illæ loquuntur in vsu diuerso, non simplici, vt supra demonstratum est.

Quarto & vltimo iure non cauetur, quod per huiusmodi non vsum simplicem lex tollatur: nam omnes leges loquuntur aut in vsu contrario, legi, aut in vsu diuerso à lege, ergo erubescimus cum sine lege loquimur; Et ita procedunt iura superius allegata pro contraria opinione, ibi.n.in his partim erat vsus cõtrarius, partim diuersus, ideo nõ mirũ si lex tollebatur, secùs in terminis huius quęstionis.

Non obstat ẽt dum dicebatur, quod seruitus per non vsum amittitur, sed seruitus est ius, ergo.nã respondeo, quod licèt seruitus sit ius, tñ dicitur ius separatum ab eo iure de quo loquimur nos, seruitus enim dr ius ex eo quod est res incorporalis, vt s̃.de reb.corp. & incorp.§.1.sed ius in casu nostro accipitur pro ipsa lege, pro ipsa arte boni & ęqui cũ ergo diuersũ sit ius seruituris ab ipsa lege, nõ est ex eo inferendũ ad casũ nostrũ, §.nihil cõe, l.naturaliter, ff.de acquir.poss.l.Papin.exuli, in fine, ff.de minor.

Et ex his habeatis absolutam hanc arduã quęst. in quolibet eius capite, an lex scilicet tollatur per non vsum contrarium legi, an per diuersum à lege, & an per simplicem vsum.

62 Vndecimo notatur ex textu isto, quænã sint solemnitates quæ in testamento in scriptis, & solẽni requirũtur, & a quo iure emanarint. Quod notab. colligitur ex vers.postea verò ex edicto Prætoris.

Primo.n.requiritur, ꝙ septẽ testes interueniãt ad hoc adhibiti & rogati, vt sint pręsentes testamẽto, aliàs non essent idonei testes, l.hęredes palã, §.in testamentis, ff.eod.& ista solemnitas numeri septem testiũ, fuit introducta dẹ iure Pręṭorio, et nõ de iure

ciuili,

ciuili, cum de iure ciuili antiquo quinq; testes sufficerent, vt in testamento per æs & libram; & probatur ibi, signacula autem, & numerus testium ex edicto Prætoris descendunt.

Secundo requiritur, quod testes apponant sua sigilla, quod similiter est de iure Pretorio.

Tertio requiritur, quod testes vno contextu, scilicet nullo actu extraneo interueniente adsint testamento quę solemnitas à iure ciuili inducta est.

Quarto requiritur, quod testes suum, ac testatoris nomen scribant, videlicèt, quod vnusquisq; dicat: Ego Sépronius rogatus et pręsens vna cum omnibus supra vel infra scriptis testibus pręsentib. & rogatis, ad singula in huc pręsenti testamento contenta & scripta, pro solemni testamento Titij nobis exhibita, dicti testatoris precibus & mandato me in testimonium subscripsi, & id proprio sigillo signaui, prout latius diximus supra in Rubr. ideo non insisto. Hæc autem solemnitas ex antiquis constitutionibus, non autem ex nouis inducta fuit, vt animaduertunt Bald. & Viglius hic, cum sit, quod & Iulij Pauli tempore hoc vigebat, l. penult. ff. eod.

Vltimo requiritur id quod per Iustinianum hic, & in l. iubemus, C. eod. fuit additum, videlicèt, vt per manum testatoris, vel testium, nomen hęredis exprimatur, debet enim in primis testator si potest, nomen hęredis manu propria scribere, si autě non potest, quia non possit propter impedimentum, s. quod nesciat scribere, tunc pręsentibus testibus debet hæredis nomen nócupare, & ipsi testes deinda in subscriptionibus nomen ipsius exprimant.

Sed hęc solemnitas fuit postea remissa per Iustinianum, qui verè voluit liberam esse testandi facultaté, adeò, quod introduxit, quod testator etiam per alium nomé hęredis scribere possit, adeò, quod non sit adstrictus ipse si scribere non potest, coram testibus exprimere nomen hęredis, & hęc solemnitas fuit remissa, quia plerisq; homines cum ipsi scribere nesciant, vel non possint, nolút tamen palam id quod scribunt scire testes, sed facta sua quo ad viuunt celare cupiunt, ob inuidiam & odiū personarú in testaméto pręteritarū, & propter insidias proximorú ab intestato, qui tabulas supprimere plerumq; machinantur; tum etiam, scriptorum in testamento, qui sub spe futurę hęreditatis, motté ipsius testátis quandocunq; accelerarent, meritò concessit Iustinianus, vt si aliquis per se scribere non potest nomen hæredis, id per alium faciat, licèt hoc coram testibus palam ipse non exprimat.

63 Duodecimo notatur ex illis verbis, ius ciuile, & ꝓtoriú iungi, quod ex duob. contrarijs fiat optimú temperamentum. Sed contra istud opponitur, videtur enim omninò falsum hoc notab. nam ad hoc, vt ex duobus contrarijs fiat optimum temperamentum, requiritur, quod ambo in vnum conueniant, sed duo contraria non possunt esse simul in vno & eodem subiecto, ergo falsum est notab. Aret.

Respondeo, esse animaduertendú: nam pro diluendo hoc cōtrario, scire debetis, ꝙ calidú, & frigidum, quando veniunt ambo ad admixtionem, non sunt in suo esse, aliàs núquam coniungerentur, sed sunt in esse refracto ac diminuto, & ſm illud esse, non sunt perfectè cōtraria, cum iá amiserint illam qualitatem primęuam, qua mediátę talia dicebantur. Exemplum potest esse in nobis, qui ex anima & corpore sumus compositi, quę duo inter se sunt contraria: nam anima est cęlestis, corpus terrenum, anima est immortalis, corpus caducú, anima est impassibilis, corpus passibile, & nihilominus optimú est temperamétum: nam creatura dignissima omnium animantium perfectissima est, glos. in l. iustissimè, ff. de ædil. edicto, cum similibus.

Sed contra hanc responsioné insurget quis, dicés, ergo stante hac declaratione, sequetur, quod nó erit vera illa Regula, ꝙ ex duobus contrarijs fiat optimum temperamentú, ex quo dicis, quod quando illa veniunt ad admixtionem, non sunt in suo esse, & sic non sunt contraria.

Respondeo, quod illa Regula debet intelligi de duobus cōtrarijs à principio, quæ tamen ex postfacto amittunt solitum esse, & vigorem primæuum.

64 Decimotertio noto ex ijs verbis, cępit in vnam consonantiam ius ciuile, &c. quod iura iurib. sunt concordáda, vt hic, & in l. vnica, C. de inoffic. dot. facit text. in capit. cum expediebat, de elect. lib. 6. dixit glos. in l. sciendum, ff. qui satisdare cog. vndè, ex hoc infertur ex mente DD. ad practicam Bart. dicentis in l. 1. num. 3. ff. de noui oper. nunc. quod testes reduci debent ad concordiam si fieri potest, ne incidant in pęnam falsi, super quod dictum Bauarius hic, num. 22. admodum insistit.

65 Decimoquarto & vltimo not. ex hoc textu, ibi, omnia ſm illius constitutionis tenoré; quod forma tradita à lege est obseruanda, aliàs actus corrueret, videlicèt, testamentum, etiam ꝙ sit fauorabile, & habeat multa priuilegia, l. in testamentis, ff. de reg. iur. Ad idem in l. nemo pōt, ff. de leg. 1. & in l. codicillis, §. fi. de leg. 3. et in l. qui Romę, §. Flauius, ff. de verb. oblig. testamentú ergo nó valet iure testamenti, qn̄ forma à lege tradita in eo non seruatur, cú forma sit illa quę dat esse rei, l. Iulianus, §. si quis rem, ff. ad exhib. vnde cú ipsa sit indiuidua, si illa in qualibet minima qualitate omittatur, actus ipso iure viciatur, vt tradit Dec. in cons. 53 a. num. 5. par. 2.

Ex quibus oībus hucusque à nobis deductis, sint explicata q̄ circa textualia nobis dicéda videbátur.

66 Confero igitur me núc vobis audientib. ad interpretationem famosæ glos. in verbo, testamentum, quæ est prima in ordine, illamq; (omissa diuisione communi) facilioris intelligétiæ causa, in quattuor diuido partes. In prima ponit etymologiá sumptá ex verbis Iustiniani, eamq; pluribus confirmat rationibus. In secunda ex ea infert. In tertia definitioné testaméti explicat. In quarta & vltima addit ad pręedictá definitioné. secúda ibi, et secundū hoc. tertia ibi, definitur autem. vltima ibi, est addendum.

Pro primæ partis explicatione inquit Imperator, testamentum ex eo appellari, ꝙ testatio mentis sit, vndè inquit Accurs. & sic ponit testamenti etymologiá, vt dicitur lapis, quasi lędens pedé, argumentú quasi argutè inuentú, & sic mutuum, ꝙ ex meo tuú fiat, vt ff. si cert. pet. l. 2. §. appellata, ibi, appellata est mutui datio, quia ex meo tuum fiat, & ideo si non fiat de meo tuum, non est mutuum.

Sum modo in secúda parte, in qua glos. infert ex eo quod dr̄ in tex. ꝙ testamentum dicitur quasi te-

statio mentis, dicens & secundum hoc codicilli possunt dici testamentum, quia scilicet codicillus etiam ipse dicitur quasi testatio mentis.

Pro expeditione tertiæ partis quæro cum Accurs. quomodo definiatur testamentum? respondet glos. definitur autem sic. Testamentum est voluntatis nostræ iusta sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri vult, vt ff. eod. l. 1. vbi eisdem verbis vtitur Iurisconsul. ibi, quibus Accurs. vtitur hic.

Sed contra hanc oppono definitionē, & sic sum in vltima parte, de tex. in l. fin. ff. de iure codicill. & in §. 1. infra, de fideicomm. hæred. vbi habetur, quod testamentum in quo non est hæredis institutio, nullum dicitur, at in hac testamenti definitione nulla est institutionis hæredis facta mentio, ergo non est bona. Accurs. timore huius cōtrarij dicit, quod huic definitioni sunt addenda verba hæc, cum hæredis Institutione, vt infrà, de legat. §. ante hæredis institutionem: vbi dicitur, quod testamentum accipit vires ex hæredis institutione, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius fundamenti, & ab ea vim & robur accipit; addendum est igitur inquit glos. prædictæ definitioni, cum hæredis institutione: quia sine ea nullum dicitur testamentum, vt ff. de iure codicill. l. fin. d. §. 1. de fideicomm. hæred. dicitur autem in d. l. fin. si palàm hæres nuncupatus sit, legata autem in tabulis collata sint, Iulianus ait tabulas testamenti non intelligi, vbi non est scriptus hæres, & magis codicilli quàm testamentum existimādi sunt. Facit ille text. dum dicit, quod testamentum nō intelligitur, vbi non est scriptus hæres, sed magis codicilli habendi sunt, in quibus neque dari, neque adimi hæreditas potest, prout diximus in Rubrica huius tituli, & sic in eo text. expressè probatur, quod testamentum in quo non est hæredis institutio, nullum est. Et hæc literaliter habentur per Accurs. in hac glossa.

67 Ex qua glos. Primam colligimus conclusionem ex prima eius parte, videlicèt, testamenti etymologiam esse mentis testationem, authore Iustiniano hic, et per consequens, ex ea valere argumentū.

Sed antequam ad huius articuli discussionem accedamus, nos cum nostris Interpretibus præfari oportet, in iure nostro dari quinque terminos. Definitionem, Descriptionem, Allusionem, Deriuationem, & Etymologiam, quos Vltramontani, & multi ex nostris, pro vno & eodem vsurpare consueuerunt, sicuti fuit Batt. in l. 1. ff. de acquir. poss. vbi Socin. Paul. Castrens. ibidem, & Alex. in 1. notab. & Imola, Cuman. & Roman. in loco citato, Bald. in l. conuenticulam, C. de Episc. & cler. & in hunc quoq; communem errorem lapsus est Aret. noster hic, num. 5. esse autem tanquam Synonima, Allusionem, Deriuationem, & Etymologiam, & pro vno & eodem in iure accipi, voluit glos. in d. l. 1. ff. de acquir. poss. Angel. & alij ibi, & tandem est communis opinio, quod inter dicta nomina nulla constituatur differentia, quod sanè dictum falsissimum est, nam aliud est Definitio, aliud Descriptio, & aliud Allusio, & aliud Deriuatio, & aliud Etymologia.

Itaq; ne sicco pede pertranseamus, videndū est, an ab vnoquoque prędictorum terminorum liceat argumentari.

68 In primis quantum attinet ad Definitionem, dicendum est, illam esse orationem definitum declarātem per omnes suas partes essentiales, inter quas est etiam illa, per quā definitum differt ab omnib. alijs rebus, & hinc est, quod dicimus definitionem esse orationē, quæ quid sit de quo agit ostendit quā breuissimè; ita ex Tullio in Topicis dixit Ludouic. Aluarus, in Rubr. de leg. 1. num. 136. & ob hoc licitum est sumere argumentum ab ipsa Definitione ad definitum negatiuè & affirmatiuè, l. 1. §. dolum, ff. de dolo, & ibi Bart. l. fin. cum glos. ff. de verb. sign. tradit Euerard. in sua Centuria Legali, in loco à Definitione, nam eum idem sint, de quocumque affirmabit Definitio, de eodem affirmabit definitum, & de quocunque negabit Definitio, de eo pariter negabitur definitum. exemplum est si dicamus: est animal rationale, bene sequitur, ergo est homo. est voluntatis nostræ iusta sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri vult, cum hæredis institutione, ergo est testamentum. Item, negatiuè, non est animal rationale mortale, ergo non est homo, non est voluntaria nostrę iusta sententia, &c. ergo non est testamentum. Vidimus à Definitione ad definitum: sed nunquid à definito ad ipsam Definitionem valeat argumentum, vt si dicamus, homo est, ergo animal rationale; & dicatis quòd sic: quia in effectu, & in ratione sunt vnum et idem, differunt tamen in declaratione: nam quod definitum dicit confusè Definitio dicit distinctè, vt homo est definitum quoddam, & confusè dicit idem animal rationale, quæ est sua Definitio, & hæc quo ad Definitionem; quomodo verò differat ab Etymologia, infra dicemus.

69 Descriptio succedit secundo loco, quæ nil aliud est quàm breuis rei circūitio, nam ipsam non explicat quod illud sit de quo quæritur, sed rem ipsam circuit, enumerans eius effectus & qualitates, ad hoc, vt illam describat. Paul. Castr. in l. 1. ff. de legib. DD. communiter, in l. 1. ff. de testam. & in l. 1. ff. de aequi. poss. nec concludit ex totō, nec corruit, licèt non conuertatur, vt per Cast. & alios, in locis prædictis, per d. l. 1. Dicta autem est Descriptio, quasi vmbratilis pictura, quam vulgo designationem appellant, vt enim quæ in tabulis fiunt, vmbræ, (quid imago illa repræsentet) ostendunt, non tamen perfectè, quemadmodum pictura: sic Descriptio, quid res sit docet, non tamen perfectè quemadmodum Definitio.

70 Differt ergo. Descriptio à Definitione hoc pacto, quia Definitio expressè est simillima picturæ, Descriptio verò adumbratili; ita pulcherrimè declarauit Cagnol. in l. si emancipati, num. 15. C. de collat. vndè, qñ Definitionē rei de qua agitur inuenire nō possumus, ad Descriptionem confugimus.

Ex ea hac etiam affirmatiuè & negatiuè dicitur argumentum, & illi duo primi termini circa rem ipsam versantur.

Videamus nūc de ijs quę non circa rē versantur, sed circa nomen, vt sunt Allusio, Deriuatio, & Etymologia, quorum nomina DD. falsò vt audiuistis, Synonima esse existimauerunt, cum admodum inter se

ter se differre demonstrabimus, sicuti etiam animaduertit Zasius, in l. 2. §. appellata, ff. si cert. pet. vbi Moder. Bonon. nu. 12. Euerad. in Loco ab etymologia vocabuli, & quàm plures recentiores.

71 Allusio ergo dicitur illa, quæ non respicit veram vocis resolutionem, sed solù consonantiæ aurium deseruit, & ponit nominis conformitatem, & soni similitudinem, vt mulier à mollitie, vt per Alciat. in l. tabernæ, ff. de verb. signific. & in lib. 4. de verb. signif. pag. mihi 44. Ripa in l. 1. ff. de acquir. poss. nu. 18. & dicitur tandem Allusio, quando de vna re loquentes, ad aliam referimus, & dicitur quasi ludendo rem suam probare: vndè Poetę dicuntur alludere sub aliquo velamento, vt per Virg. Sat prata biberunt. & in lib. 8. Æneid. in mensas consumis Iuli. Dicitur Allusio ab alludo, quod blandiri significar, vt est de natura malorum hominum, qui sunt simulatores, hi enim alludunt, & blandiuntur, postea verò aliud habent in mente, vndè sępè eorum verba veritatem non continent. Hinc fit, quod I. C. quoque ponunt Allusionem per notam aliquam improprietatis, vt est dictio, quasi, vt est exemplum in possessione, quæ dicitur quasi pedum positio, d. l. 1. ff. de acquir. poss. Etymologiam verò ponunt per dictionem à vel ab, vel ex, d. l. 1. ibi, possessio à pedibus, non est ergo mirum, si nos dicimus, quod Allusio se refert ad similitudinem soni, vt Diuortium quasi diuersitas mětium, nam vt vno verbo me explicem, Allusio nil aliud est, nisi quod vulgò dicitur il Bisticcio.

72 Quibus stantibus, si ex me quęras, an ex ea licitum sit arguere? tunc respondendo dico, quod non, nec affirmatiuè nec negatiuè. Probatur: nam Allusio possessionis ea est, vt dicatur quasi pedum positio, d. l. 1. tamen non sequitur, est pedum positio, ergo est possessio, quia potest quis ponere pedē in domo aliena, in Ecclesia, in fundo alieno, & tamen non possidebit, ergo similiter, nec negatiuè: quia non sequitur, non est pedum positio, ergo non est possessio, nam oculorum aspectu absque pedum positione possessio acquiritur, l. 1. §. si iusserim, & l. quod meo, §. si venditori, ff. de acquir. poss.

Limitatur tamen hoc non procedere, quando Allusio haberet Definitionis similitudinem, tunc enim & affirmatiuè, & negatiuè valet, vt in Allusione donationis, de qua per I. C. in l. Senatus, §. donatio, ff. de donat. causa mort. dicitur enim donatio, quasi doni datio, vndè, benè sequitur, est doni datio, ergo est donatio, non est doni datio, ergo non est donatio, prout etiam animaduertunt DD. in d. l. 1. ff. de acquir. poss. & Tobias hic, num. 30.

73 Deriuatio quę quarto loco est in ordine, illa propriè dicitur, quæ nudam nominis originem demonstrat, vt per Ripam in d. l. 1. nu. 89. ff. si cert. pet. de qua habetur per I. C. in l. 1. ff. de inst. & iure, vt donatio, à dono, Doctor, à docendo, Augustus ab augendo, & ex hac non licet aliquo modo argumentari, nec negatiuè, nec affirmatiuè, patet: deriuatio Imperatoris dicitur ab imperando, tamen non sequitur imperat, ergo est Imperator, nec negatiuè non imperat, ergo non est Imperator, quia tunc temporis potest esse Imperator, et non imperare, poterat enim fortasse dormire.

Limitatur tamen istud non habere locum, quoties Deriuatio haberet similitudinem Definitionis: nam tunc vtroque modo valet argumentum, nam sequitur benè, imperat imperatione Imperatoria, ergo est Imperator, item negatiuè, non imperat imperatione Imperatoria, ergo non est Imperator, Ratio est: quia tunc illa Deriuatio, non est simplex Deriuatio, sed Definitionis naturam habet, à qua licitum est argumentari, vt supra docui.

74 Etymologia vltimo loco sequitur, de qua debet esse noster sermo. Vnde dicatis: quod Etymologia nil aliud est, nisi quædam significatio, & demonstratio veriloquij, & nihil aliud est, quàm vocis interpretatio, vt colligitur ex Quintiliano, lib. 1. Institutionis Oratoriæ, & per M. Tullium, lib. 1. Topicorum, & per Alciat. lib. 1. de verb. signif. & tandem Etymologia nil aliud est, quàm resolutio vocis in verum, ac proprium significatum, vt tradit Bald. in cap. 1. §. si quis de manso, nu. 19. si de inuest. feud. fuer. controu. in vsibus feudorum. Ripa, in d. l. 1. de acquir. poss. nu. 18. & in §. nihil commune, l. naturaliter, num. 4. eod. tit. & in l. 1. si cert. pet. nu. 89. pauca tangit hic Tobias nu. 25. & Piccnard. pag. 28. vt si dicamus, Philosophus amator sapientiæ, Iurisconsultus peritus legum, vt etiam descripsit Cic. lib. 1. Paradox. & Recentiores, in d. §. nihil commune, l. naturaliter, ff. de acquir. possess.

75 Differt autem Etymologia à Definitione, quia in Definitione ponitur genus, & omnes differentiæ specificæ, cum materia & forma perfecta, & sic ponitur integra essentia rei definitæ, ideo conuertitur cum suo Definito negatiuè & affirmatiuè, vt posita Definitione, ponatur definitum, & per eiusdem remotionem, remoueatur.

Sed Etymologia non comprehendit totam essentiam rei etymologatæ, sed solum vnum vel duo substantialia magis nota, & magis necessaria, & propterea Etymologia non conuertitur cum suo etymologato, sed solù argumentatio procedit negatiuè, vt infra dicemus, & eadem ratione differt à Descriptione, quia Descriptio rei continet totam essentiam descriptam, & conuertitur sicuti Definitio DD. in l. 1. ff. de testam. quam differentiam sequuntur communiter DD. varijs in locis. An modo ex ea liceat argumentari, statim dicemus.

76 His sic præmonitis, reuertor ad Conclusionem, quæ erat testamenti etymologiam esse mentis testationem; Circa quam duplex est habenda inspectio. Prima an hæc sit etymologia testamenti. Secunda an ab ipsa etymologia uocabuli ualeat argumentum.

Quo ad Primam inspectionem, communiter fatentur DD. testamenti Etymologiam esse testationem mentis, ut expresè asserit Iustinianus hic.

Sed contra hanc Conclusionem insurgunt Aulus Gell. lib. 6. Noct. Attic. cap. 12. Laurent. Valla lib. Elegant. cap. 86. lib. 6. irridentes hanc testamenti Etymologiam, & mouebantur illis tribus argumentationibus, quas retulimus pro ratione dubitandi ad primam partem textus nostri, ideo

hic

hic breuiter reassumo, contra ipsam ergo Etymologiam

Primo facit, si testamentum diceretur à mente, sequeretur, quod ornamentum, pauimentum, calciamentum, & similia quæ habent eandem desinentiam quam testamentum, deberent significare mentem, sed hoc est falsum, quia non significant mentem, ergo nec testamentum mentē denotabit.

Secundo cur potius testamentum dicitur à mente, quàm à mento & menta, & tamen mentum & menta nihil faciunt ad hanc significationem, ergo & eodem modo mens nihil faciet.

Tertio & vltimo mouentur ipsi Grammatici, omnes voces dependentes à mente, terminantur in mentia, vt dementia, amentia, vehementia, & similia, sed testamentum non finitur in mentia, ergo non dicitur à mente.

77 Alciat. tamen lib. 4. de verb. signif. & Cantiuncula hic, conabantur defendere prædictam Etymologiam ab impugnationibus prædictorum, dicentes, quod Imperator hic noluit tradere testamenti Etymologiam, sed allusionem quandam, quæ allusio solam vocis similitudinem recipit, & hoc pacto intelligendo dictum Iustiniani, cessabunt ea quę excogitauerunt Grammatici supra citati: nam licèt Etymologia non procedat à mente, allusio tamen benè procedet à mente, & sic auribus consonat, blanditur, & alludit.

Viglius tamen hic hanc Alciati & Cantiunculæ responsionem non admittit, quia non est verisimile, quod Aulus Gellius & Valla, emunctæ naris acutiq́ue ingenij Grammatici, nequierint Etymologiam ab allusione, & à deriuatione discernere, qui tenent omnino hic poni Etymologiā ipsius testamenti; quod probant: quia quotiescunque I.C. volunt alicuius vocis allusionem & similitudinem exprimere, solent adhibere aliquam improprietatis notā, vt in possessione, dictio (qnasi) at qñ volunt ponere Etymologiam, non vtuntur aliqua improprietatis nota, sed vtuntur dictione, (ex) vel (à) vel (ab) vt in d. l. 2. ff. si cert. pet. §. appellata. At Imperator hic absque aliqua nota improprietatis vtitur hac eloquutione (ex eo appellatur) cum dicat testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis sit, ergo veram Etymologiam, non autem allusionem significare voluit.

Confirmatur hoc ex traditis per Connanum in Commentar. iuris ciuil. lib. 9. cap. 1. nu. 1. quia non videtur hic ratio quare hæc Etymologia dicenda non sit, cum Tullius Etymologiam postliminij appellet, & eam quę à Seruio tradebatur à dictione post, & quæ à Scęuola à post, & limine, & tamen ipsa Etymologia postliminij, non tam rei naturam veritatemq́ue, quàm ad ipsius verbi similitudinem quandam videtur alludere: ita hic, licèt Etymologia videatur ponere etiam sonum verborum, ac vocis resolutionem, tamen ipsius testamenti effectum ponit, principaliter enim considerauit Imperator, quod testator disponat quid esse velit de rebus suis post mortem.

Quamobrem, cum hic Iustinianus Etymum testamenti ponat, non autem allusionem, adhuc vrgent, & subsistant ea, quæ in contrarium deducta fuere ex Valla & ex Gellio.

Vnde Viglius aliter defendit Imperatorem à prædictorum impugnationibus, dicens, quod Imperator in hac sua Etymologia solum testatio consideranit, quod scilicet testamentum procedat à testatione, illa verò vocula (mentis) addita fuerit ad maiorem declarationem & expressionem, cum testamentū in mente testatoris consistat, l. 1. ff. eod. Probatur per Etymologiam donationis, quæ dicitur à dono quasi doni datio, d. l. Senatus, §. donatio, ff. de donat. causa mort. nihil autem facit datio ad Etymologiam donationis, & sic secundū Vigl. donatio dicitur à dono, tamen ad maiorem expressionem additur illa vocula, quasi doni datio.

Secundo probat hoc per Etymologiam Nouationis. Nouatio teste Vlpia. in l. 1. ff. de nouatio. dicitur à nouo, & à noua obligatione, tamen in nouatione nulla est deriuatio obligationis, hoc tamen additur ad maiorem cautionem: sic in testamento quod tantum dicitur à sola testatione, additur deinde vocula, mentis, quasi testatio mentis, ad maiorē declarationem; & ita defendit Viglius hanc testamenti Etymologiam. Quæ quidem defensio non est illius, sed Franc. Connani in loco prēmonito, s. in lib. 9. cap. 1. nu. 3. Commentariorum iuris ciuilis, quem Viglius non citat.

Sed contra hanc Connani & Viglij resolutionem, insurgit Tobias hic, num. 2. dicens eam sibi non placere, voluit enim Iustinianus sumere Etymologiam non à sola testatione, sed & à mente, ita quod appelletur ex eo quod testatio mentis sit.

Neque obstat secundum cum similitudo donationis, & nouationis: nam in etymologia donationis, constat Iurisconsultum verba illa, (doni datio) ad maiorem declarationem posuisse, non ad deriuationem significandam quam supra expresserat; sed in casu nostro non est ita: quia Iustinianus in assignanda Etymologia testamenti, sine aliqua interpositione ponit vocem illam, mentis: in illa autem ponitur cum interpositione, cum dicat donatio dicitur à dono, quasi doni datio.

Præterea, inquit ipse Tobias, quod in d. §. donatio, ponitur Etymologia donationis, vt dicatur à dono, & allusio etiam, vt dicatur quasi doni datio, hic verò sola Etymologia ponitur, vnde ex his resolutio Connani & Viglij non videtur procedere.

Qua de re ipse Tobias dicebat, non esse elaborandum in hac inspectione nominis, cum de re ipsa appareat, prout inquit Cicero ad Trebatium, quod de nomine non sit inuestigandum quando habemus effectum, vt notat glos. in l. 2. in verbo, vocabula, C. de const. pecun. at hic constat quod sit testamentum, cum adsint eius effectus, non est igitur aliter elaborandum in nomine, et presertim, cum hęc Etymologia legibus approbata sit: autho ritas autem Grammaticorum apud nos nihil valet, argumento l. in tantum, vbi glos. ff. de rer. diuis.

Nos verò, vt eorum subtilitati satisfiat, qui non sensum sed vanam nominis vocabulorum significationem amplecti desiderant, prout inquit text. in l. 2. C. de const. pecun. defendendo Imperatorem ab impugnatione Gell. & Vallæ, dicimus, posse sustineri responsionem Connani & Viglij, & eorum conside-

considerationem, illamque ab impugnationibus Tobiæ defendi, quod imò Imperator considerauit solam mentis testationem, & quod vocula illa (mentis) fuerit addita per ipsum ad maiorem expressionem, licèt in continenti & sine interpositione fiat: quod probatur.

Primo ex Etymologia Nouationis, quæ dicta est à noua obligatione & tamen, Nouationis verbum est simplex, à nouo ductum, sed vocabulum obligationis est iniectum apertioris significationis causa, absque aliqua interpositione, ita & testamentum, à testatione, quidem dicitur, non vt quælibet testatio sit, sed ea quę est voluntatis nostræ declaratio & testatio. Confirmatur ex etymo postliminis, de quod supra. Ex quibus confundi impugnatio Tobiæ.

Vel & secundo dicatis, saluando Imperatoria etymum, quod hic ponatur Etymologia & Allusio simul, per illud enim verbum (testatio) Etymologia designabitur, per illam autem voculam (mentis) denotetur allusio; & hoc pacto cessant difficultates Grammaticorum, & demum Tobiæ contra ipsum Viglium. Fatemur quidem, hanc Desceptationem valdè dubiam esse, & quàm plurimi ex nostris, ne cum Grammaticis pugnam meant (vt fuit Picernardus hic) hanc subterfugiunt disputationem; & cum hæc in se modicam habeant vtilitatem, argumento glos. d. l. 2. C. de const. pecun. ideò aliter in hoc non insistemus; Et hęc quo ad primam inspectionem.

78 Ex qua correlariè inferunt glos. & cęteri Scribentes, ad arduam & perdifficilem quęstionem: Nunquid liceat argumentari ab Etymologia vocabuli, quam supra polliciti fuimus explicate in secunda inspectione huius primæ Conclusionis.

Sed quoniam in habentibus Symbolum, facilior est transitus, l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testament. §. sed hodie, supra, de adopt. ideò in primis pręmonédũ esse cẽsui, quid sit argumentũ, quid sit nomen, & illius diuisio, & quotuplex; ex quo argumentũ ab Etymologia in ipso nomine consistit: quib. positis, facilior erit aditus ad ueritatem percipiendam.

Aio igitur, argumentum in sui generali significatione dici id, quod quocunque modo rei dubiæ de qua disputatur fidem facit. ita glos. Bald. Salic. Paul. Castrens. & alij, in Rubr. C. de probat. dixit Laurus de Palatijs, in tract. quod extantib. masculis fœminæ non succed. on. 82. & ideò dicebat Niger, in l. 1. ff. de offic. eius, on m. 43. quod argumentum est quædam fabricatio subtilis, inducta per intellectum, cap. forus, de verb. significat. In §. argumentum, l. de tutela, iuncta glos. C. de in integr. restit. multa cumulat Euerard. in proęm. ad suam Centur. Legalem, in principo.

79 Quantum ad Nomé attinet, sciendum est, illud esse generale ad Nomen, Prænomen, Agnomen, & Cognomen, sicuti euenit in adoptione, & cognatione, vt supra de adopt. in principio, de legit. agnat. tutel.

Nomen in specie sumptum, prout quilibet appellatur, est quædam demonstratio cuiuslibet personæ, per quam vnus cognoscitur ab alio, vndè, si aliquis denominetur Sempronius, per hanc nominis demonstrationem, ostenditur quod Sempronius differt à Męnio, à Caio, & ab alijs.

80 Prænomen verò id dicitur, quod differentiæ causa ipsi nomini pręponitur, prout quãdo dico, Marcus Antonius, tunc illa dictio Marcus, solum est præposita ante propriom nomen, ad hoc, vt istę Marcus Antonius cognoscatur ab eo qui simpliciter denominatur Antonius, alioquin, si duo essent Antonij quibus esset factum legatum, tunc propter incertitudinem non valeret, argumento duo sunt Titij, ff. de testam. tutel.

81 Cognomen, est demonstratio familiæ, vt est Austriacus, Valesius, Mediceus, appellaturq; cognomen, quasi commune cognationis nomen.

Agnomen est illud, quod ab euentu imponitur, propter præclara facinora, vt est Africanus, q̃a deuicit ac debellauit Africam, vt Alemanicus, Gothicus, Fęlix, Pius, iuxtà tradita per glos. Rubr. supra in proęm. in verbo, in oomine domini. Hæc autem dicta de Nomine, Pręnomine, Cognomine, & Agnomine, ante omnes explicauit glos. magistralis, in §. si q̃s in nomine, Pręnomine, infra de legat. & diximus nos latissimè in Commentarijs ad illum text. tradit Alciat. lib. 4 Dispunct. cap. 1. Picenard. hic, pag. 30. qui vt nouus Accursius multum gloriatur de suo cognomine Picenardo.

82 Sed quoniam omnia nomina cadunt in hanc diuisionem, videlicèt quod aut sunt propria, aut appellatiua, ideò non insistendo, dicatis,

Nomina propria esse illa, quæ rem non communem omnibus, sed vni indiuiduo propriam, significant, vt Petrus, Ioannes, Aotonius, ita declarauit Corras. in l. 1. C. de impuber. & alijs substit. ou. 6. Appellatiua verò sunt, quæ rem multis communem significant, vt hæredes, fratres, filij, nepotes, aliaque huiusmodi, vt homo, ęquus &c. & cum hęc ab ipsa natura imposita sint, minimè tolli possunt, argumento §. sed naturalia, supra de iure natura. gent. & ciuili, secùs in nominibus proprijs, quæ mutari possunt, cum ponantur ad placitum, glos. Bart. & alij in Rubr. soluto matr. vbi Parpalia, num. 15. l. 1. C. de mutand. nomin. l. ad recognoscendos. C. de ingen. & manumiss. l. si quia infundi vocabulo, de leg. 1. Bart. in tract. de Insignib. & arm. Socin. cons. 72. col. 1. vol. 1. quod tamen fallit, quando fieret mutatio nominis cum fraude, quia tunc non valet mutatio, l. vnica, C. de mutat. nom. Alex. in d. Rubr. sol. matr. est glos. in l. falsi, ff. ad l. Iul. de fals.

83 His posthabitis, deuenio ad ipsius quæstionis discussionem, nunquid ab Etymologia seu interpretatione vocabuli, liceat argumentari? quæ quidem quęstio admodum ardua est, & varij varia dixere, variasque composuere regulas, adeò, quòd teste Henrico Botteto. in tract. de sinodo Episcop. par. 1. nu. 10. quot sunt capita, tot sunt sensus, ideò nobis tanquam per contraria transeuntibus ferro via aperienda est, vt in simili dixit Bald. in l. precibus, C. de impub. & alijs substit.

Ideo nosce vos oportet, Bart. in l. 2. §. appellata, ff. si cert. pet. varijsq; in locis, & pręcipuè in l. j. ff. de acquir. poss. scriptum reliquisse valere argumen-

tum

tum ab Etymologia vocabuli, nisi ei repugnet Definitio, vel authoritas.

Raphael autem Cuman. dicebat, argumentum ab Etymologia vocabuli procedere negatiuè, affirmatiuè autem nequaquam.

Abbas in cap. pen. de iudic. tradēdo aliam Regulam, asserebat, argumentum ab Etymologia valere negatiuè, quando nomen sumitur ab essentiali natura illius, secùs, si ab accidentali, quem & alij quamplurimi sequuti sunt.

Aliam tradidit Regulam Euerard. in sua Centuria Legali in loco ab Etymologia, aliam Moderni Patauini, aliam Vltramontani, aliam tandem retulit Hormamnor. Detus, in l. 1. ff. de acquir. poss. et nouissio loco aliam Moderni Bonon. in l. 2. §. appellata, nu. 12. cum sequent. ff si cert. pet. vndè difficile quidem est, veram huiusce quęstionis Regulam assignare, vt fatentur recentiores.

84 Ego itaque Doctorum ambagibus resecatis, pro viribus conabor breuiori quidem methodo ita hanc rem totam terminare, vt vnicuique verum illius aditum ex liquido perspicere liceat; Aio igitur, sic distinguendo, Aut nos quærimus an valeat argumentum ab Etymologia vocabuli, ad ipsum Etymologatum in nominibus proprijs; An verò in appellatiuis, si in nominibus proprijs, tunc.

Statuo hanc verissimam, indubitatam, & infallibilem Conclusionem seu Regulam, videlicèt, In nominibus proprijs non licere argumentum sumere ab Etymologia vocabuli ad ipsus Etymologatū, nec negatiuè, nec affirmatiuè, ita dixit Bart. in Rubr. ff. soluto matr. quem sequuti sunt Alex. in l. 2. §. appellata, num... ff. si cert. pet. vbi Ias. in fine, & Moderni Bonon. ibi, num. 16. Oldrad. in cons. 136. col. finali, in fine, Bald. in d. Rubr. sol. matr. vbi Imola, Alex. & Ripa; Eandem sequuti sunt in d. Rubr. sol. matr. Parpal. nu. 19. Ioan. Annibal. nu 121. & 125. Niconitius, nu. 68. Et tādem est communis theoria Doctorum, vt testatur Picenard. hic, in pag. 30. quam amplexi sunt hic Arer. num... Tobias nu. 35. & tandem, ne in recensendis nominibus tempus conterere videar, dico, quod hanc Conclusionem tenent omnes DD. tam Iuris Pontificij, quam Ciuilis, vt etiam testatur Euerardus in loco ab Etymologia. Quæ Conclusio ex pluribus probatur, &

Primo, ex §. pen. l. fin. ff. ad municip. vbi inquit I. C. quod sola nominis similitudo non est satis ad confirmandam alicuius originem, & ideo dicit ibi glos. non sequitur, quod quis appelletur Bonognettus, ergo est de Bononia, seu Bononiensis.

85 Secundo, nomina propria ponuntur ad placitum, vt supra firmauimus, vndè, vnusquisq; quę suo arbitratu imponit nomina rebus, potest etiam suo arbitratu mutare; hinc est quod I. C. in l. si quis in fundi vocabulo, de leg. 1. inquit, nomina propria mutari posse, appellatiua autem nequaquam, vt etiam ibi not. Bart. & Ias. est text. in l. 1. C. de mutat. nom. idem Bart, in d. l. fin. ff. ad municip. & ideo vnanimiter cōueniunt in hoc Doctor. in locis supra relatis, quod non valeat hęc consequentia talis vocatur Perusinus, ergo est de Perusio; item, quis nominatur Bonifacius, ergo bonus est, esset enim nimis absurdum dicere, aliquis vocatur Benedictus, ergo est à Deo glorificatus; vel quis appellatur Deodatus, ergo est datus à Deo, & sic de singulis dicendum est.

Sed contra hanc verissimam Regulam ex mente Scribentium ego oppono, &

86 Primo, ex ijs quæ tradit glos. in l. facta, §. si dandа, ff. ad Trebell. vbi Accursius multum gloriatur de suo nomine, dicens, se ita appellari, quasi ipse contra iuris tenebras occurrat, & sic sumit argumentum ab Etymologia sui nominis, ergo.

Respondent communiter scribentes, quod eo in loco Accursius agit militem gloriosum, nomen suum interpretando, & sic id potius gloriæ causa facit, quam quod prædicta argumentatio sit licita, vt ex pluribus conatur hic probare Bellon. numero 5. & 9.

Secundo respondeo, prout facit Parpal. in dicta Rubr. ff. soluto matrim. nu. 19. quod hoc contingit in ipso tantum, & non debet trahi in consequentiam, l. ius singulare, ff. de legib. & vbi cessabit consequentia, non erit licitum arguere.

87 Tertio respondeo, quod authoritas simplicis Doctoris, non est necessaria, sed tantum probabilis, nisi, quatenus lege, aut ratione tuuetur, vt tradunt DD. in l. 1. ff. si cert. pet. at illa nolla fulcitur ratione vel iure, ergo.

Secundo tamen Oppono contra prædictam Conclusionem, per authoritatem M. Tulij in Oratione contra Verrem, vbi ipse contra illum sumit Etymologiam, dicens, quod Verres sic dictus est, quod omnia verreat, quel quod omnia verrat, vel, & tertio quod ius Verrinum constituat.

Respondeo, quod hæc argomētatio non concludit, per supra dicta, sed ibi sumpta est Etymologia à nomine proprio, vt ostenderet Cicero turpitudinem & animum vilem illius, dicendo, quod non solum à nomine, sed ab ipsis gestis Verres omnibus notissimus erat, non tamen ob id dico ip sum Tullium sumere etymologiam tanquam validam in iure.

88 Tertio oppono per ea quæ habentur in libro Genesis, vbi nomina propria imponebantur ab allusione vocaboli, vt patet etiam in testamento nouo, vbi Petrus à petra quod erat Christus denominatur, item & Ioanni nomen fuit impositum cum misterio.

Respondeo, quod hoc est speciale in sacra scriptura, vbi nomina communiter imponebantur diuinitus inspirata, vt infra dicemus.

Quarto & vltimo oppono, testamētum, mutuū, emptio, locatio, stipulatio, sunt nomina propria, l. iuris gentium, ff. de pact. & tamen procedit argumentatio, vt in mutuo, d. l. 2. §. appellata, ff. si cert. pet. & in testamento, vt hic dicitur, ergo in nominibus proprijs valet argumentum ab Etymologia vocabuli.

89 Respondeo, prout etiam faciunt Mod. Bonon. num. 17. in d. §. appellata, quod Conclusio nostra procedit de nomine proprio indiuiduorum non autem de nomine generis, quod sub se plura indiuidua comprehendit: nam tunc appellatur nomen appellatiuum; & ratio differentiæ ponitur in l. si

quis

quis in fundi vocabulo, ff. de leg. 1. quia nomina appellatina ex voluntate totius regionis imponuntur, l. Labeo, ff. de supell. legata.

Firma ergo restat indubitata Conclusio, quod in nominibus proprijs non valeat argumentum ab Etymologia vocabuli ad ipsum Etymologatū.

90 Ampliatur habere etiam locum in Prænomine, Cognomine, & Agnomine: nam non sequitur, quis vocatur Marcus Antonius, fortassè, quia initio lucis exortus est, vndè, si alius vocetur Lucius non sequitur, ergo est natus initio lucis; non sequitur etiam, quis dicitur Mediceus, ergo est Medicis; item non sequitur, Africam deuicit, ergo est Africanus.

Limitatur modo non habere locum in Sacra Scriptura, in qua nomina diuinitus inspirata imponebantur, ita limitat Parpal. in d. Rubr. soluto matr. nu. 19.

Animaduertatis tamen, quod etsi per Etymologiam nominis proprij non inducatur probatio vera, inducitur tamen quædam præsumptio, vt si aliquis vocetur Pisanus quod sit de Pisis, glos. in d. l. fin. §. pen. ff. ad municipal. quæ dicit, quod si quis appelletur Franciscus præsumitur natus in die Sancti Francisci, cum ex cōsuetudine in aliquibus Regionibus imponantur nomina Sanctorum in die quo filij nascuntur.

91 Hinc etiam oritur, quod ex tali nomine oriatur suspicio; nam si quis deposuisset pecuniam penes eum qui habet turpe nomen, & eas perdidisset, sibi imputari debet, quia fuit negligēs, debebat enim præcauere propter turpe nomen; ita dixit Io. And. & Zabar. in c. grauis, depositi. Barbat. in Apostill; ad Bart. in Rubr. ff. solu. matrim. ex malo enim nomine mala fit præsumptio, sicuti ex bono, bona: & ideo ad hoc vt euitetur sinistra suspicio, pulchra nomina sunt filijs imponenda, etiam si magno pretio essent emenda, vt inquit Felin. in proœm. Greg. Cagno. num. 11. in proœm. ffotum, Niconit. in Rubr. ff. sol. matr. num. 65. Ias. in l. lex est, nu. 13. ff. de legib. Caccialup. in l. cūctos populos, nu. 16. C. de sum. Trinit. & fide Cathol. Hinc fit, quod ex turpi nomine, seu cognomine sinistra fit interpretatio. Cardinal. in cap. 1. de deposit. et ideo quando duo sunt torquendi, incipi debet ab illo qui turpe nomen vel cognomen habet, ita dixit Brun. in tract. de syndicatu, & tortura. Dec. in c. 1. in 2. lectura, de iudic. vnde aiebat Caccialup. in d. loco, quod pulchra nomina ponuntur pro præmio, turpia verò pro pœna.

92 Secunda est declaratio, quod licèt non procedat argumētatio ab Etymologia nominis proprij, ad effectum qui causatur ex Etymologia, tamen à nomine proprio ad probandam personam procedit argumentum, vt si dico, iste est Titius, quia ita nominabatur, vel nominatur, valet argumentum, quia nomina sunt imposita ad recognoscendos homines, l. ad recognoscendos, C. de ingen. & manumiss. dixit Bald. in l. conuenticulam, C. de episc. & cler. Moder. Bonon. in d. l. 2. §. appellata, nu. 16. quod dictum intelligo verum, & procedere in terminis de quibus per Euerard. in sua Centuria Legali, in loco ab Etymologia vocabuli, pag. mihi 10. Linea 22. & hæc quo ad primam Conclusionem, quam nomina propria respicere dicebamus.

93 Si verò quærimus, an valeat argumentum ab Etymologia vocabuli ad Etymologatum in Nominibus appellatinis, tunc statuo vobis alteram Conclusionem seu Regulam è penetralibus iuris erutam, & ab Interpretibus confirmatam, quæ adeò facilis est, vt vnusquisq; vestrum reiectis difficultatibus optimè illam intelligere possit. Aio igitur, quod in nominibus appellatiuis Etymologia potest sumi dupliciter; Aut ab effectu accidentali, & remoto à substantia etymologati; Aut verò sumitur ab essentiali natura, & ab effectu substantiali ipsius etymologati: si ab effectu accidentali & extrinseco, seu remoto sumitur, tunc pono hanc Regulam & Conclusionem quam supra iam pollicitus sum, videlicet,

94 In nominibus appellatinis argumentum ab Etymologia vocabuli sumpto ab effectu accidentali rei etymologatæ, non valet, nec negatiuè, nec affirmatiuè, declaro rem exemplo; Lapis dicitur quasi lædens pedem, quæ etymologia dicitur ab effectu seu ab accidenti, & ideò non valet, lædit pedem, ergo est lapis, potest enim esse ferrum, vel lignum quod lædat pedem, nec valet, non lædit pedem, ergo non est lapis: quia potest esse aliquis lapis ita absconditus vt nunquam lædat pedem, & tamen est lapis. Quam Conclusionem seu Regulam tenet Alex. in d. §. appellata, l. 2. ff. si cert. pet. Tobias hic, num. 32. Bellon. num. 6. in 3. quæst. Felin. in proœm. Decretal. in vers. Gregorius Episcopus, num. 34. Enerard. in loco ab etymologia vocabuli; Hanc in terminis tradidit Vaconius à Vacon. in suis declarationibus, in declarat. 57. Moder. Bonon. in d. l. 2. §. appellata, numero 25. & 27. & tandem hoc in iure clarissimum est. Dixit Hormanotins, in d. l. 1. ff. de acquir. poss. nu. 35.

95 Probatur primò hæc Regula exemplo supra deducto ipsius lapidis, quæ etymologia cum sit deprompta ex accidenti, & ex effectu, nullo modo argumentum ab ea valet.

Secundo probatur, taberna dicitur, eo quia tabulis clauditur, l. tabernæ, de verborum signific. tamen non valet consequentia clauditur tabulis, ergo est taberna, quia potest esse aliud, puta granarium ex tabulis confectum, l. granaria, ff. de act. empt. cum taberna sit locus vbi res venduntur, siue habitatur; item, non valet negatiuè, non clauditur tabulis, ergo non est taberna, potest enim aliud ędificium esse in quo habitaretur, vel venderetur, tamen diceretur taberna, d. l. tabernæ.

96 Tertio adducitur, l. 1. ff. de acquir. poss. vbi possessio dicta est, quasi pedum positio, tamē quia sumpta est ab effectu remoto, non valet, & pedum positio, ergo est possessio, nam daretur aliqua possessio quę est sine pedum positione, l. quod meo, §. si venditorem, ff. de acquiren. poss. l. clauibus, ff. de contrah. empt.

Quarto probatur ex Ias. per text. in l. 1. in princ. ff. de furt. & in §. 1. infra, de oblig. ex delict. vbi furtum dicitur a furuo, quod est nigrum, quia furta clam, & obscurè fiunt, & plerumque de nocte; mo-

cte; modo inquit Ias. non valet ista argumentatio, non fit de nocte, ergo non est furtum, nam potest fieri de die, & erit furtum, merito tanquam ab effectu data non valet ex ea argumentum.

97 Quinto, monasterium dicitur ex eo quod monachorum sit statio, tamen non sequitur, non est monachorum status, ergo non est monasterium, quia etiam à monachis locus derelictus dicitur monasterium, cap. cum delictus, vbi Bald. extra de consuetud.

Sexto nuptiæ à nubendo, idest velando dictæ sunt, quia mulieres olim nuptæ velatæ incedebant; cap. hæc in mago, 34. quæst. 8. est glos. supra, de patr. potest. in princ. tamen non sequitur, mulieres hodie non velantur, ergo non sunt nuptiæ, quia licèt non sint velatæ, tamen nuptę esse possunt.

Septimo comprobatur: monachus nos dicitur quasi solus, tamen non tenet, argumentum cum multis habitat, ergo non est monachus quia etiam si cum multis habitet, dicitur Monachus, cap. si cupis, 16. quæst. 1.

98 Octauo & vltimo probatur, Augustus sic dictus est, quia auget Imperium, non tamen sequitur, non augent Imperium, ergo non est Augustus.

Vndè concludatis, verissimam esse regulam supra dictam, quod quoties ipsa etymologia sumitur ab effectu, & ex accidenti, non valet argumentum nec negatiuè nec affirmatiuè, quia hæc potius videtur Allusio, quàm etymologia, & ab Allusione non tenet argumentum, vt supra firmauimus. Ratio est: quia accidentia non semper concomitantur ipsam rem vti substantialia, sed possunt esse & abesse præter subiecti corruptionem, l. cum principalis, ff. de reg. iur. nam non probat hoc esse, quod ab hoc contingit abesse, l. non hoc, ff. vnde cognati, l. neque natales, C. de probation.

99 Si verò ipsa etymologia sumitur ab essentia ipsius, & à substantialibus etymologati, quod est secundum caput, tunc distinguendum est; Aut ipsa etymologia est maior suo etymologato, & sic non habet paritatem & conformitatem, & vt vno me verbo explicem, non est conuertibilis cum illo; Aut ipsa est æqualis cum etymologato, & per consequens conuertibilis.

Primo casu, quando ipsa etymologia est maior, inęqualis, inconuertibilis, & contradicit etymologato, tunc statuo hanc Regulam semper valere argumentum ab etymologia vocabuli negatiuè tantum; quam sequuntur Aretin. hic, num. 5. Bell. in 3. quęst. num. 6. Tobias num. 31. Comens. in l. 1. ff. de acquiren. possess. Fulgos. Salicet. in l. 2. §. appellata, ff. si cert. petat. eandem tenuit Hormannot. in d. l. 1. ff. de acquiren. poss. num. 31. Alciat. in l. tabernæ, de verb. sign. Vacon. in d. declarat. 57. Euerardus in loco supra præmonito. de communi testatur Tobias, d. nume. 31. de magis communi testantur Moder. Bonon. in d. §. appellata, nume. 19. in fine.

100 Primo probatur ex l. 2. §. appellata, ff. si cert. pet. vbi mutuum dicitur ex eo quod de meo tuum fiat, & hæc est mutui etymologia, quæ cum sit inæqualis, inconuertibilis, & maior etymologato, & sumatur ab essentia, & substantia ipsius mutui, valet ex ea argumentum negatiuè tantum, secundum I.C. & ideo, si de meo tuum non fiat, non est mutuum; quod autem sit inæqualis & inconuertibilis, patet: quia ex meo potest fieri tuum, non solum ex mutuo, sed emptione, donatione, & ex similibus. ergo

Secundo adducitur text. in cap. forus, §. iudex, ff. de verbor. signif. vbi dicitur: Iudex dicitur quasi ius dicens populo, siue quod iure disceptet, iure autem disceptare est iudicare iustè, non est ergo iudex subdit text. si non est in eo iustitia, & sic argumentatur negatiuè tantum.

101 Tertio confirmatur argumentum de genere ad speciē sumptum negatiuè valet, veluti si dicamus, non est animal, ergo non est homo, si enim ipsum genus remoueretur, etiam vt eius species remoueatur necesse est, l. si quid eorum, §. interemptum, de leg. 3. ita in casu nostro.

Quartò reducitur text. noster: nam etymologia testamenti est, vt sit testatio mentis, ergo argumentando ab ea non est testatio mentis, ergo non est testamentum, valet quidem argumentum.

Quinto arguitur ex Bell. hic, num. 6. in 3. quæst. & ex alijs nouissimis, in d. l. 1. de acquiren. possess. furtum dicitur ab auferendo, idest contrectando, & tunc bene sequitur, non aufert, non contrectat, ergo non est fur; intelligatis tamen dictum hoc, secundum etymologiam Belloni, secùs, si secundum aliam etymologiam, de qua supra scilicèt quod dicatur à furuo idest nigro, & de nocte, nam tunc non bene sumitur argumentum tanquam ab accidentibus deductum, vt supra, at ita accipiendo, non valet argumentum nisi negatiuè, affirmatiuè autem nequaquam, vt inf. dicemus.

103 Sextò & vltimo comprobatur: remota vna qualitate essentiali, remouetur ipsa res tota, cap. pen. cum præcedenti, de baptismo, vbi Abbat in secundo notabili quod procedit etiam in casu necessitatis. idem Abbas in cap. debitum, in secundo notab. de baptismo DD. in l. nemo potest, de leg. primo. sicuti remoto animali, remouetur homo, l. si is qui quadringenta, §. quædam, in fine, ff. ad leg. Falcid. ita hic, remota testatione mentis, remouetur testamentum, valet ergo negatiuè.

Probo modo, quod non valeat affirmatiuè, sed tantum negatiuè, vt in exemplis supra relatis.

Primo patet: quia non valet, fit de meo tuum, ergo est mutuum, quia potest esse donatio, emptio, vel aliquid simile.

Secundo probatur: sicuti non tenet, est animal, ergo est homo, quia potest esse Asinus, vel Bos, ita non tenet, est testatio mentis, ergo est testamentum, poterit enim esse legatum & codicillus, vel fideicommissum.

103 Tertio non sequitur, est inter duos dictum, ergo est interdictum, quia potest esse contractus, vel alius sermo.

Quarto confirmatur: quia etymologia tutoris est, quasi tuitor, tamen nō sequitur, aliquis tuetur, ergo est tutor, quia potest procurator esse.

Quinto non valet, est pedū positio, ergo est possessio vt patet in vobis, qui habetis pedum positionem, & tamen non possidetis hanc scholam.

Sexto

Sexto & vltimo, etymologia iudicis est, quasi ius dicens, seu iustè iudicare, vt supra retulimus: tamen non valet si dixero, iustè quis iudicat, ergo est iudex: nam poterit esse arbiter, vel arbitrator, seu amicabilis compositor.

Remanet ergo clarum hoc caput, quod argumentum non valet nisi negatiuè, non autem affirmatiuè.

Sed contra hoc dictū indubitatum, ego faciliotis intellectus gratia oppono, quod imò argumentum valeat etiam affirmatiuè, sicuti negatiuè, &

104 Primo, ex Cumano, in d.l.1. ff. de acquir. posses. per text. in l.1. de fide instrum. vbi Iurisconsultus arguit affirmatiuè, ergo. instrumentum enim dicitur ex eo quod instruit.

Respondeo, quod ibi non ponitur etymologia huius verbi instrumentum, sed potius significatio, ait enim Iurisconsultus ibi; Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest; & sic, nulla ibi ponitur etymologia, vt sentit etiam hic Tobias.

Secundo tamen oppono, de l. malum, §. vidua, ff. de verb. sign. vbi Iurisc. ponit etymologiam viduæ, idest sine duitate, vnde valet argumentum, est sine duitate, ergo est vidua, quod argumentum secundum Tobiam admodum vrget, & loquit. sub num. 33. cogitandum esse de solutione.

Solutio facilis est, quia ibi illa erat etymologia quæ erat conuertibilis cum suo etymologato, & erat æqualis: vnde non est mirum, si valeat ibi argumentum, vt infra dicemus in secundo capite nostræ distinctionis, vndè, quicquid dixit Tobias male loquutus est.

105 Tertio opponitur, quod imò valeat argumentum affirmatiuè ab etymologia ad etymologatum: patet, nam donatio est doni datio, ergo est donatio. Confirmatur: ex etymologia iniuriæ, vnde si dixero, est iniuria, ergo non iure fit, & è contra, non iure fit, ergo est iniuria, l.1. ff. de iniur.

Respondetur vt s. quod loquuntur, quando etymologia est æqualis cum etymologato, & conuertitur, & tunc valet, & negatiuè, & affirmatiuè, vt euenit in definitione, vt statim dicemus.

Quarto oppono ex mente Mod. Bonon. Ius Ciuile est illud quod fit à ciuitatibus, ius naturale, quod fit à natura, ius gentium, quod fit à gentibus, ius Pisanum, quod fit à Pisanis, & tamen procedit argumentum affirmatiuè, ius est factum à ciuitate, ergo est ius ciuile, vel à natura, ergo naturale, vel à gentibus, ergo est ius gentium, §.1. & 2. §. quoties, supra, de iure natur. gent. & ciui. ergo.

106 Respondeo, omissa secunda solutione Moder. Bononiens. quod ideo ibi valet argumentum affirmatiuè, quia ibi argumētum sumitur à descriptione, non ab etymologia; vndè, non est mirum, si valeat, vt dicemus in calce huius articuli, argumentum enim à descriptione valet affirmatiuè, & negatiuè, quando ergo dicimus ius quod fit à ciuitate est ius ciuile, illa est descriptio, non etymologia, ergo non obstat.

Quinto oppono, quod imò valeat affirmatiuè: nam si dixero, est testamentum, ergo est testatio mentis, valet hæc consequētia, sicuti econtra; Item hoc est mutuum, ergo fit de meo tuum, quia ad positionem speciei, sequitur positio generis, l. si quid earum, §. intertemptum, de leg. 3.

Respondetur esse animaduertendum ne decipiamini, nam hęc oppositio nō est in terminis nostris: quia in ea argumentum fit de etymologato ad etymologiam, vt de testamento ad mentis testationē, & de meo quod est etymologatum, ad meum & tuum, quod est etymologia: nos verò loquimur, quando fit argumentum ab etymologia ad etymologatum, vt de meo & tuo, argumentum ad mutuum, & de mentis testatione ad testamentum, eo casu valet tantum negatiuè: quia est argumentum simile de genere ad speciem, vt supra diximus. In casu verò opposito, argumentum fit per contrarium, ac si fieret de specie ad genus, quo casu procedit affirmatiuè, & non negatiuè, vt homo est, ergo animal est, sed si argumentamur de animali ad hominem, procedit tantum negatiuè, videlicet, non est animal, ergo non est homo, non est testatio mentis, ergo non est testamentum.

Non obstant ergo contraria excitata, & firmum remanet, quod argumentum non valeat affirmatiuè, sed negatiuè; Tamen, adhuc ego oppono, quod imò non valeat negatiuè, sicuti non valet affirmatiuè.

107 Primo deducitur ex mente Iason. & cęterorum, mulieres hodie non velantur, ergo nuptiæ hodie non sunt, non valet hoc argumentum: nam licet hodie non velentur, nuptiæ tamen sunt, ergo non tenet argumentum negatiuè sumptum.

Secundo, Monasterium dicitur ex eo, quod Monachorum sit statio, tamen non est monachorum statio, ergo non est monasterium, quia locus etiam à monachis derelictus, dicitur monasterium, cap. cum dilectus, vbi Bald. de consuetud.

Tertio, Imperator ab imperando, Augustus ab augendo, tamen non sequitur, non imperat, ergo non est Imperator, non auget, ergo non est Augustus.

Quarto, Taberna dicit. quod tabulis clauditur, non sequitur, non tabulis clauditur, ergo non est taberna, cum possit esse taberna ex alia materia confecta; l. tabernæ, ff. de verbor. significat.

Sed his quatuor oppositionibus iam patet accommodata solutio ex traditis à nobis in prima Regula posita in nominibus appellatiuis, vbi diximus, quod quando etymologia sumitur ab effectu, & ex accidenti, non valet argumentum nec negatiuè, nec affirmatiuè; vnde, illa exempla statim recitata, sibi locum vendicant in illis nominibus, in quibus etymologia sumitur ab accidenti, & ab effectu, vt s. nos verò disputamus, quando sumitur ab essentiali natura etymologati, & tunc valet argumentum negatiuè tantum, & hæc est solutio communis, de qua supra.

Quinto tamen ego validè oppono de exēplo mutui, in quo etymologia sumitur non ab effectu, & ab accidenti, sed ab ipsa substantia, & ab essentiali natura etymologati, non enim sequitur, non fit de meo tuum, ergo non est mutuum, l. rogasti, l. singularia, ff. si cert. peta. in quibus iuribus mutuum fit, quamuis mea pecunia ad te non perueniat.

Item, licèt non sit testatio mentis, tamen est testamentum, vt in pupillari substitutione, quæ est testamentum filij, & tamen non est eius mentis testatio.

Respondetur, quod immò valet argumentum negatiuè, non est de meo tuum, ergo non est mutuū, non est testatio mentis, ergo non est testamentum. Nec obstant adducta in contrarium: nam respondetur, quod istud est speciale in mutuo, fictione iuris, in dictis autem legibus mutuum valet, licèt non sit factū de meo tuum, quia lex fingit breui manu mihi numeratam fuisse pecuniam à debitore, l. licet, §. quamuis, ff. de iure dot. vt etiam nos anno superiori diximus in Commentarijs ad princ. tit. quib. mod. re contr. oblig. num.

Et hanc solutionem sentiūt etiam Mod. Bonon. in d. §. appellata, num. 23. dum dicunt, quod argumentum procedit tantum negatiuè, quando remouetur in totum etymologia, & verè & fictè, nam si non remoueretur fictè, nec remoueretur etymologium, quia quod fictè inest, perinde est, ac si verè inesset, vt in d. iuribus, vnde non obstat.

108 Sexto, & vltimo oppono, matrimonium dicitur ex eo, quod mater fit, glossa in somma, 27. quæst. 1. & tamen etiam si mater non fiet, erit matrimonium, §. 1. supra, de patr. potest.

Item, tutor dicitur ex eo quod defendit, tamen non sequitur, non defendit, ergo non est tutor, immò, erit tutor, l. 1. ff. de tutel. Item, si Iudex non iudicat, erit iudex, l. pen. ff. de iust. & iure.

Respondetur & in hoc sequor distinctionem Modern. Bonon. videlicèt, quod quidam sunt actus, qui ad suam essentiam requirunt aliquid actu semper interuenire; quidam autem sunt qui requirunt aliquid interuenire ab initio; sed non est necessarium quod duret; quidam sunt in quibus sufficit requisitum in mente disponentis.

In actibus in quibus aliquid interuenire actu requiritur, argumentatio sumitur à remotione rei, vt in d. §. appellata, si verò sunt de actibus in quibus requisitum sufficit esse in mente disponentis, tunc argumentatio sumitur à remotione mentis & intentionis non interuenientis; si autem requiritur ab initio aliquid interuenire, tunc sumitur argumentum quod illa qualitas ab initio interuenit; Modò in proposito dico, ex mente illorum, quod in cōtrahendo matrimonio requiritur quod sit mens, vt fiat mater, & præstet officium, non autē quod actu sit mater, et si ista mens in contrahendo non esset, matrimonium non esset, d. §. 1. de patr. potest. Item requiritur, quod tutor habeat animum tuendi pupillum, & ideo, si non habet hunc animum, non est tutor verè. Item, in iudice requiritur mens iudicandi rectè, & si non haberet hanc mentem, quia dixisset, nolo rectè iudicare, non esset Iudex, per d. cap. forus, tamen, argumentum soluitur, quod erit mater, etsi non sit matrimonium, erit tutor, etsi non tueatur pupillum, erit iudex, licèt non iudicet, quia in omnibus erit mens iudicandi, tuendi, & vt mater fieret; at quando nos dicimus, non valere argumentum nisi negatiuè, præsupponimus non esse nec interuenire mentem & mentionem iudicandi, & tuendi, et ideo valet consequentia non defendit pupillum, ergo non est tutor, non iustè iudicat, ergo non est iudex.

Vndè, ex his omnibus satis clarum fit secundum caput, videlicèt, quod quando etymologia est maior, inęqualis, inconuertibilis, valere semper argumentum negatiuè tantum, non autem affirmatiuè.

109 Secundo verò casu, si etymologia sit æqualis, conformis, & conuertibilis cum etymologato, & habet similitudinem cum etymologati definitione, tunc iterum statuo Regulam clarissimam in iure, & infallibilem quidem, videlicèt, valere argumentum & affirmatiuè & negatiuè ab etymologia ad etymologatum, & econtra ab etymologato ad ipsam etymologiam; & hanc Regulam & Conclusionem sequuntur Bart. in l. omnes populi, de iustit. & iure, in dicta l. secunda, §. appellata, & in Rubr. soluto matrimonio, & in l. prima, ff. de acquirenda possess. Bellon. hic, num. 3. Tobias numero 31. Ozen numero 49. Picenardus pagina 9. Euerardus in dicto loco ab etymologia vocabuli, pagina 10. voluit Vaconius in præallegata Declarat. sua 57. sentit Felin. in proœm. Decret. numero 32. vers. Gregorius Episcopus. Eandem sequuti sunt Ias. in dicta l. prima, de acquirenda possess. Dec. in dicta l. secunda, §. appellata, & Moder. Bonon. ibi, numero 21. Hormaunot. in dicta l. prima, de acquirenda possess. numero 54. & tandem de hoc dubitare, esset quasi quædam hæresis in Iurisprudentia; Hæc autem Regula probatur ex pluribus, &

110 Primo, exemplo donationis, cuius etymologia est doni datio, l. senatus, §. donatio, ff. de donat. causa mort. eò quia, ipsa est ęqualis, & conuertitur cum etymologato, & habet paritatem cum definitione donationis, ideo valet argumentum vtroque modo sumptum; quod sit ęqualis, & quod conuertatur, patet: quia de essentia donationis est, quod ipsa sit doni datio, vndè, si dicamus, non est doni datio, ergo sequitur, quod non sit donatio. Item, affirmatiuè, est doni datio, ergo est donatio. Itam, è conuerso, ab etymologato ad etymologiam, nam sicuti valet, homo est, ergo est animal, ita, Donatio est, ergo doni datio, & vice versa non est donatio, ergo non est doni datio.

111 Secundo probatur exemplo exceptionis, cuius etymologia est actionis exclusio, vt in Rubr. de except. & in l. 2. ff. de except. vndè, cum ipsa habeat similitudinem, & ęqualitatem cum etymologato, ideò valet si dico, non est actionis exclusio, ergo non est exceptio. Item, non est exceptio per conuersionem, ergo non est actionis exclusio.

Tertio adducitur exemplum, de quo in l. malum, §. vidua, ff. de verbor. signific. vbi Iurisconsultus ponens etymologiam viduæ, scilicet sine duitate, tunc quia est conuertibilis, inde fit, quod valet argumentum si dixero, non est sine duitate, ergo non est vidua, est sine duitate, ergo est vidua. Item, per conuersionem; est vidua, ergo sine duitate, non est vidua; ergo non est sinè duitate, licèt nonnulli dixerint hanc non esse viduæ etymologiam.

Quarto

Quarto deducitur exemplum l.1.§.dolum,ff.de dolo, vbi dolus dicitur machinatio fraudulenta, ideo valet, non est machinatio fraudolenta, ergo non est dolus, est machinatio fraudolenta, ergo est dolus, item è conuerso, dolus est, ergo machinatio fraudolenta, non est dolus, ergo non est machinatio fraudolenta.

Quinto per l.primam,ff.de iniur.vbi iniuria dicitur, quæ non iure fit, ergo si non iure fit, iniuria est, si iure fit, non est iniuria, l. Gracchus, ff.de adulter.

112 Sexto & vltimo probatur hæc Regula Iustitiæ etymologia est, vt dicatur iuris status, vnde valet argumentum si dixero, est iuris status, ergo est iustitia, non est iuris status, ergo non est iustitia; Item è conuerso, est iustitia, ergo iuris status, non est iustitia, ergo non est iuris status.

Cum ergo isti sint termini æquales, & conuertibiles, non mirum est, quod & negatiuè & affirmatiuè valeat argumentum, necnon etiam per conuersionem.

Vndè, perinde est, ac si argumentaremur à definitione ad definitum; hinc est, quod dicebat Dec. in d.§. appellata, l.2.si cert.pet. quod quando etymologia conuenit cum definitione etymologati, tunc non dicitur argumentum ab etymologia, sed à definitione, ita etiam dixit Alciat. d.l. tabernæ. Tobias hic, nu.38. quæ opinio Decij probatur ex Bartoli dictis, in l. omnes populi, nu.59. ff.de iust. & iure, vbi dicit, quod argumentum debet sumi ab etymologia, quando deficit definitio, ergo stante definitione, præsupponitur quod à definitione arguatur ad definitum, non autem ab etymologia, maximè quia definitio ponit substantiam rei, etymologia verò descriptionem, vt per Baldum in l. maximum vitium, C. de liberis præter. vnde videtur, quod in casu isto non dicatur argumentari ab etymologia ad etymologatum, sed à definitione.

Sed contra hoc insurgit Dec. d. loco, quod etsi verissimum sit istud caput, tamen est animaduertendum, quod secundum rationem Bart. sequeretur, quod nunquam esset verum dicere, quod ab ipsa etymologia procederet argumentum, quod videtur durum.

113 Tamen saluando Bart. dicatis, quòd imò procedit argumentum ab etymologia, patet in cap. cleros, 21.distinct. in cap.cum secundū, de præbend. iuncto text. in cap. clericus, 12.quæst.1. clericus enim dicitur quasi sors, vel hæreditas, & ista etymologia non repugnat definitioni, tamen valet argumentum ab etymologia negatiuè, & affirmatiuè, est electus in sortem domini, ergo est clericus, non est electus in sortē domini, quia vult aurum et argentum, & aliam hæreditatem quam domini, ergo non est clericus, vt probatur in d.cap. clericus, & quod dicatur valere argumentum hoc in casu ab etymologia, dixerunt DD.in cap. priuilegia, 3. distinct. & Hormannotius in d.l. 1. ff. de acquir. poss.num.34. qui plura congerit, non enim verè dicitur argumentum à definitione ad definitum, sed ab etymologia ad etymologatum; sed bene verum est, quod hæc etymologia habet vim definitionis, vt per Moder. Bonon. in d.l.2.§. appellata, nu.21, & 26. cum d.etymologia contineat totam essentiam & substantiam etymologati, sicuti definitio definiti substantiam ponit, dicitur ergo argumentum non à definitione, sed ab etymologia, sed quoniam illa est æqualis & vniformis definitioni, videtur quodammodo appellari argumentum à definitione, verè tamen est ab etymologia.

114 Restat ergo clarum secundum caput secundæ principalis distinctionis, in quo fuit à nobis talis Regula comprobata, quod quando etymologia est conformis et conuertibilis cum etymologato, valeat argumentum negatiuè, & affirmatiuè, & per conuersionem etiam, vt audiuistis.

Limitatur modo hæc conclusio generalis, quæ habet, valere argumentum ab etymologia vocabuli, vt non procedat, quando nomen appellatiuum esset impositum fictitiè, vel simulatè, text. est quem DD. appellant singularem, in cap.vt clerici, de regularibus, vbi inquit Abb.nu.2. quod illi qui portant habitum monasticum, vt se monachos fingant, vel sanctiores, compelluntur vt fiant monachi, aut habitum relinquant.

115 Secundo limitatur, quando in etymologia verbi datur excessus in aliquo, quod tribus modis contingere potest. Primo, quando etymologia excedit nomen, puta presbyter dicitur præbens iter, capit. clericos, 21.dist.tamen multi præbent iter, qui non sunt, nec dicuntur presbyteri. Secundo quando nomen excedit etymologiam; exemplum est; priuilegium dicitur lex priuatorum, cap. priuilegium, 3. distinct. & tamen potest esse lex aliorum existentium in dignitate, vt ibi per glos. & quotidiè hoc videmus, ecce ergo, quod etymologia exceditur à nomine. tertio est, quando etymologia excedit & exceditur: exemplum est, Rex dicitur à regendo, & hoc casu etymologia excedit ipsum nomen, quia multi qui non sunt Reges regunt, sic etiam multi non existentes Imperatores imperant; Item, nomen excedit etymologiam, quia hoc nomen Rex, sumptum est à regno, sub quo includuntur omnes regimina habentes, cap. solitæ, de maior. & obed. Ita limitauit in terminis Felin.in proœm. Decretal. vers. Gregorius Episcupus, 34.& 35. ita limitauit Euerardus in loco ab etymologia vocabuli, pagina mihi 11.

116 Tertio limitatur, quando etymologiæ repugnaret vsus communis loquēdi, ita limitat Albert. de Rosat.in d.l.2. §. appellata, quem sequutus est Ias.ibi, qui mouetur per tex.in l. liberorum, & in l.anniculus, ff. de verbo. signific. dixit Abbas in d. proœm. Decretal. in salutatione Gregoriana, hanc etiam limitationem sequitur Ptcenard. hic, pagina 32. Ratio autem est: quia communis vsus loquendi præualet etymologiæ, & cuique dispositioni legali, l.liberorum, §.quod tamen Cassius, de leg.3.ita sentit Ripa, in d.l.1.ff.de acquir.poss. numero 23. Facit pro hoc dictum Iurisconsulti in l. Labeo, vers. non enim, ff. de supell. lega. Vnde inferunt DD. ad quæst. notab. quam originariè excitauit Bald.in cap.1.§. si quis de manso, in tit. si de inuest.feud.fuer.cōtr.in vsib.feudorū, videlicet, stante statuto Papiense, quod quis nō possit ducere

molendinum de flumine Ticinij ad flumen Padi, sub pena mille, aliquis duxit molendinum careus molis ad flumen Padi, dubitatur an inciderit in pœnam statuti; & Bald. consuluit quod non, per argumentum ab etymologia vocabuli non potest enim dici molendinum, quod dicitur à molendo, ergo vbi non sunt molæ, ibi non est molendinum. Sequuntur hoc dictum Bald. DD. communiter, in d.l.1.§. appellata, ff. si cert. pet. & in d.l.1. ff. de acquir. possess.

117 Reassumendo ergo tradita à nobis in hac perdifficili quęstione breuiter asserimus, quod argumentum ab etymologia vocabuli si versamur in nominibus proprijs, non valet, nec negatiuè nec affirmatiuè, rationibus supra relatis. id quod ampliatur in Prænomine, Cognomine, & Agnomine; procedit tamen hoc argumentum nominis proprij, ad probandam personam. Item facit præsumptionem, ita, quod si aliquis diceretur nomine Pisanus, vt sit de Pisis.

Si verò versamur in nominibus appellatiuis, tunc distinguatis; Aut etymologia sumitur ab effectu remoto, & ex accidenti; Aut sumitur ab essentiali natura, & substantia etymologati; Si sumitur ab effectu, concluditur argumentum prædictum non valere, nec negatiuè, nec affirmatiuè, rationibus supra deductis. secundo casu, si sumatur ab essentiali natura, & à substantia rei, tunc subdistinguaris; Aut enim ipsa etymologia est maior suo etymologato, inęqualis, inconuertibilis, & contradicit definitioni, & tunc valet argumentum negatiuè tantum, non autem affirmatiuè, rationibus per nos deductis; Aut verò etymologia est ęqualis, pariformis, conuertibilis cum suo etymologato, & habet similitudinem cum definitione, & tunc dicatis, semper valere ab ea argumentum negatiuè, & affirmatiuè. Item etiam per conuersionem, sicuti valet à definitione ad definitum.

Limitatur postmodum Primò, quando nomen appellatiuum esset positum fictitiè & simulatè. Secundò, quando in etymologia vocabuli daretur excessus, quod tribus modis euenit. Tertio & vltimo quando etymologiæ repugnaret communis vsus loquendi. Et hæc sunt quæ circa hanc exagitatam quæstionem explicare sumus arbitrati.

118 Secunda principaliter Conclusio elicitur ex gl. codicillum dici posse testamentum, & in hunc modum argumentatur glos. codicillus est testatio mentis, testamentum est mentis testatio, ergo codicillus est testamentum.

Sed quoniam hæc quęstio non transit fine difficultate, & multos habet contradictores, ideo illam altius repetendam duximus. Sit igitur quæsitum, an codicilli dicantur, & appellentur testamentum, qua in re tres reperiuntur diuersæ Doctorum sententiæ.

Prima est, existimantium propriè & verè codicillos dici testamentum.

Secunda, quod impropriè & lato sumpto vocabulo codicilli sint testamentum.

Tertia est, quod nullo modo, nec propriè, nec impropriè dicantur testamentum; de quibus hodierno die à nobis est agendum.

Primam ergo opin. quod verè & propriè codicilli dicantur testamentum, tenuit Aymon Crauetta in Rubr. de leg.1. & Moder. Bononiens. ibidem, sub num.48. & nonnulli alij Nouissimi, quorum opinio

Primò fundata est in l.2.§.1. ff. de iure codicill. vbi ait I. C. quæcunque in codicillis, scribuntur, ea perinde haberi, ac si in testamento scripta essent. Ad idem facit text. in l. in bello, §. codicilli, ff. de captiu. & postlim. reuer. & l.3.§. fina. ff. de iure codicill. si ergo codicilli trahuntur ad testamentum, perinde est, ac si relicta in codicillis essent in ipso testamento relicta, ergo propriè testamentum esse dicuntur.

Ego verò qui non sequor hanc opinionem, respondeo, quod argumentum ex d.l. non concludit: nam ego non inficior, quin disposita in codicillis testamento confirmatis, perinde habeantur, ac si sint in testaméto scripta, imò verissimum est, prout etiam asserit glos. in l. quædam, in princ. ff. de iure codicill. dixit Ias. in Rubr. de leg. 1. nu.15. tamen non sequitur, scripta in codicillis, censentur scripta in testamento, ergo propriè codicilli dicuntur testamentum.

119 Præterea, ista relatio inducitur per iuris fictionem, non enim verum est, quod codicilli sint in testamento, sed per fictioné iuris referuntur ad testamentum, & quod per fictionem fit, id impropriè fieri dicitur, l. lege Cornelia, vbi Bald. ff. de testam. & fictio est contraria veritati, vt per Bart. in l. si is qui pro emptore, ff. de vsucap.

Confirmatur: quia text. non dicit, quod scripta in codicillis sint scripta in testamento, sed inquit, quod perinde habentur, ac si essent scripta in testamento illa verba (perinde habentur) sunt notæ impropriętatis, de verbo (haberi) dixit Bart. in l.1. ff. de suis & legit. idem Bart. in l. merces, ff. de verb. signif. de verbo (perinde) est text. in l. si differente, ff. quibus modis pign. vel hypoth. sol. in l. sed & si lege, §. perinde, ff. de verb. oblig. glos. in l.1. ff. de recept. arb. Alex. in l. si quis vi, in princ. ff. de acquir. possess. plura etiam ad hoc congerit Plautius in suo libello de notis Crauettæ, lib.3. cap.2. nu.1. respondens in terminis huic textui.

120 Secundo facit pro hac opinione text. in l.2.§. Quintus, C. de veteri iure enucl. vbi dicitur: Quintus exorditur articulus, in quo quicquid de testamentis, vel codicillis antiquitus dictum est, repositum est. Ponderant DD. tenentes hanc opin. dictionem illam, (vel) positam inter verbum, testamentis & verbum, codicillis, quæ est disiunctiua verborum, & sensuum coniunctiua, l. ad protegendas, vbi glos. C. de in lit. dand. tut. ergo sequitur, quod si codicilli contineantur sub articulo testamenti, quod ipsi verè dicantur testamentum.

Respondetur non valere consequentiã. Hic articulus appellatur de testamentis, ergo quælibet dispositio contenta in eo, testamentum nuncupabitur: nam hoc non venit ex vi vocabuli, sed per denominationem à nobiliori & potentiori; vt in simili dixit Alex. in Rubr. ff. sol. matrim. per l. quæritur, ff. de sta. hom. nã Infortiatum dr̃ continere vltimas voluntates à potentiori, tamen non sequitur,

quicquid

quicquid est appositū in Infortiato, sit vltima voluntas; ita in casu d. l. 2. cum articulus ille sit inscriptus, De testamentis, licèt in eo adsint codicilli, non per hoc sequitur quod codicilli dicantur propriè testamentum, sed ibi fit denominatio à testamentis, & non à codicillis, cum testamentum sit nobilius, potentius, ac antiquius, §.1. infra, de codicillis.

121 Tertio tamen pro hac opinione deducitur text. in l. si quis in graui, §. codicillos, ff. ad Syllan. vbi habetur, quod in materia pœnali, prohibitus aperire testamētum, intelligitur etiam prohibitus aperire codicillos; & ideo inquit tex. quod si quis codicillos aperuerit, testamentum verò non aperuerit, incidit in edictum, & punitur ac si testamentum aperuisset: nam codicilli ad causam testaméti pertinent, ergo propriè testamentum dicuntur, alioquin non comprehendetentur in dispositione pœnali loquente de testamento. Ratio est; quia in pœnalibus & odiosis verba debent propriè accipi, l. iura, ff. de legib. cap. odia, de reg. iur. in 6. nec fit extensio etiam ex identitate rationis, glos. in cap. fidei, in verbo, inquisitionis, de hæretic. lib. 6. glos. in Auth. quas actiones, C. de sacrosan. eccle. & ita hunc text. ponderat ipse Cranetta, in d. Rubr. de legat. 1. pag. 23. num. 31.

Respondeo, quod ibi non dicitur quod codicilli dicantur testamentum, sed quod ad causam testamenti pertinent, & ex quadam extensione codicilli pertinent ad testamentum, non autem quod sint testamentum, aliud enim est esse testamentum, & aliud pertinere ad testamentum, l. ab intestato, ff. de iure codicill.

122 Secundo præterea, non obstat id quod dicebamus, quod cum simus in pœnalibus, nō potest dici quod codicilli per extensionē pertineant ad testamentum, eo quia in pœnalibus non fiat extensio: nam respondeo, quod militante rationis identitate, in pęnalibus etiam fit extensio, vt tradit Ias. in l. à Titio, col. 6. ff. de verb. oblig. glos. in cap. 1. in verbo, Italiæ, de tempo. ordinand. lib. 6. facit text. in l. his solis, C. de reuocan. donat. in l. vnica, C. de indic. vid. toll. & ratio & mens legis idem sunt, l. cum mulier, ff. soluto matr. & ibi notant Imola, & alij. Dixit Paul. Castrens. & Alexan. in l. non dubium, C. de legib. col. 3.

123 Quarto probatur quod codicilli dicantur propriè testamentū, ex l. 3. ff. de testa. tute. vbi dicitur, etiam tutores censentur dati in testaméto, qui sunt dati in codicillis, ergo sunt in effectu vnum & idē codicilli & testm̄; & iste videtur vrgens tex. pro hac opin.

Respondeo, quod denominatio fit à confirmante, non quia testamentū comprehendat codicillos, sed quia testamentum confirmat codicillos, arg. l. adoptio, ff. de adoptio. & in l. 1. §. nostra facimus, C. de vet. iure enucl. l. & quia, ff. de iurisd. omn. iud.

Quinto deducitur: pro fideicommissis in codicillo datis competit actio ex testamento, glo. in l. a. in verbo, personales, & ibi Bald. & Ias. C. comm. de legat. glos. in §. 1. in verbo, relinquatur, Instit. de codicil. ergo codicilli dicuntur testamentum, alioquin non daretur actio ex testamento, cum non entis, nullæ sint qualitates, l. 2. ff. de vsufr. l. manumissiones, & ibi Bald. notat, ff. de iust. & iure.

Respondeo primò, quod non est expeditū quod pro codicillis detur actio ex testamento.

124 Secundo dico, non valere consequentiam. Competit actio ex testamento, ergo codicilli sunt testamentum, nam soluto matrimonio competit actio pro dote, vt not. in Rubr. ff. soluto matr. & tamen non est matrimonium. Item videmus dari contra furem condictionem, quod genus actionis præsupponit dominium amissum, l. fin. ff. vsufruc. quemadmo. caue. glos. in §. sic itaque, infra, de actio. ideo fieri etiam potest, vt actio ex testamento competat interdum nullo condito testamento, vnde argumentum non tenet.

Sexto eadem opinio comprobatur per text. in l. conficiuntur, §. si post, ff. de iure codicil. vbi qui facit codicillos, dicitur testari, & glos. ibi inquit, codicillos esse testamentum, &c.

Respondeo, ibi adesse verbum (quodammodo) non enim dicit simpliciter eum testari, qui codicillos facit, sed quodammodo testari, & sic impropriè: dictio enim (quodammodo) improprietatem significat, glos. in l. si me in vacuam, in verbo, nec admittet, ff. de acquir. possess. Bart. in l. 4. §. Cato, in 3. opp. ff. de verb. oblig. & sic codicilli secundum hunc sensum impropriè appellantur testamētum.

125 Secundo respondeo, aliud esse testari, aliud testamentum facere, & sic licèt dicat tex. eum qui codicillos scribit, testari, non per hoc sequitur, ꝙ testamentū faciat, nec sequitur, codicillos & testamentum esse vnum & idem: testari autem accipitur ibi pro disponere, & est verbum generale, & amplum, quod latius patet, accipitur enim quandoque pro testari, l. de pupillo, §. si quis, ff. de oper. noui nunc. quandoque significat exponere, l. scire oportet, §. scire, ff. de excus. tut. vbi gl. not. alibi etiam testari, i. probare, interpretamur, l. capite quinto, ff. de adul. vndè, non rectè infertur, aliquis testatur, ergo testamentum facit, cum ergo latius pateat, non probatur ex d. l. codicillos, dici verè testamentum.

Septimo argumentantur Moder. Bonon. in dicta Rubr. de leg. 1. num. 48. tali medio; Reperiuntur plures species testamentorum, quæ ponuntur in princ. tit. nostri: nam est testamentū Calatis Comitijs, Procinctū, per Aes & libram, testamentum Prætorium, testamentum in scriptis, & testamentum militare, quæ testamentorum species necessariò continentur sub vno genere, l. si quid earum, §. interemptum, de legat. 3. & notatur in l. 3. ff. si cert. petat. ergo reperitur testamentum in genere, quod comprehendit etiam codicillos, qui faciunt aliam speciem vltra prædictas.

Respondeo, quod præsuppositū quod faciunt Mod. Bonon. non est verum, scilicèt dari testamentum in genere, & si memores estis, nos contrarium verius esse demonstrauimus supra in Rubr. Vndè, sublato fundamento, corruit ædificatio, c. cum Paulus, 1. quæst. 1.

126 Preterea dico, ꝙ nō sequitur, dantur plures species testm̄, ergo necessariò sequitur dari etiam testm̄ in genere: nam non est necesse, cum illę species continerentur sub suo genere, s. sub vltima voluntate, sub qua etiam codicilli comprehenduntur,

vt ŝ. diximus in Rubr. ad quam vos remittimus,

Tertio respondeo, quod dato, non tamen concesso, quod detur testamentum in genere, tamen non sequitur, ꝙ codicilli dicãtur testamentũ, quia quando disputamus quæstionem hanc, accipimus testamentũ non in genere pro vltima volũtate, sed prout est iusta sententia, vt suo loco dicemus.

Octauo & vltimo mouetur præfati Moder. Bonon. d. num. 48. Definitio tradita ipsius testamẽti, cõuenit & Codicillis, ergo cui conuenit Definitio, conuenit & definitum, ergo Codicilli dicentur testamentum; quod conueniat, patet; quia Codicilli dicuntur esse voluntatis nostræ iusta sententia, & licèt verbum (iusta) habeat tres expositiones, tamen omnes conueniunt, primo enim exponitur iusta, idest legitima, Codicilli autem sunt à lege approbati, secundo exponitur iusta, idest solemnis, & Codicilli habent suam solemnitatem quinque testium, §. fin. Institut. de Codicill. tertio exponitur iusta, idest perfecta, & Codicilli in specie sua sunt perfecti, similiter illa verba de eo quod quis post mortem suam fieri vult, conueniunt Codicillis, ergo conuenit tota Definitio, ergo propriè dicuntur testamentum,

Respondeo, retorquendo argumentũ non competit Definitio Codicillis, nec definitum. Minor probatur; quia in Definitione subaudiuntur verba illa, cum hæredis Institutione, quæ non conueniunt codicillis, §. fin. & pen. infra, de codicill. id quod an verum sit, infra uidebimus in Definitione. Item, quia in definitione illa testamenti dicitur, quod voluntas debet esse iusta, idest perfecta, at perfecta dicitur, cum hæredis institutio in ea continetur, cum sit caput testamenti, §. ante hæredis, infra, de legat. ergo non conuenit Codicillis vt latius audietis in Definitione ipsius testamenti. Patet ergo, quod hæc prima opinio quæ habet, codicillos dici propriè testamentum, esse sine fundamento,

127 Qua de re secunda fuit opinio, quod codicilli dicantur impropriè & latè sumpto vocabulo, testamentum, quam tenuit glos. nostra hic, & glos. in l. 2. in verbo, personales, C. commun. de legat. glos. in l. conficiuntur, §. si post, ff. de iure codicill. quam deinde sequuti sunt Alex. in l. 2. nu. 4. de leg. 1. Ias. in l. si idem, nu. 3. C. de codicill. Salicet. in l. filius, in 1. notab. C. familiæ erciscun. Zuchard. in l. fin. C. de edict. diui Adria. toll. glos in c. quãq̃ de usur. in 6. & tandem est communis opinio, de qua testati sunt Moder. Bonon. in d. Rubr. de leg. 1. nu. 48.

Quæ opinio probatur in primis per Accurs. hic, tali ratione: codicillus potest dici testamentum, eo quia est testatio mentis, at testamentum est testatio mentis, ergo Codicillus est testamentum, latè sumpto vocabulo,

Ego autem qui nec sequor hanc secundam opinionem respondeo, quod validum est argumentum ab etymologia vocabuli, vt dicit Port. hic, negatiuè, non autem affirmatiuè, non enim sequitur, est testatio mentis, ergo est testamentum: nã potest esse donatio, vel fideicõmissum, sicuti & non valet, fit de meo tuum, ergo est mutuum, sed benè negatiuè, nõ fit de meo tuum, ergo nõ est mutuum, l. 2, §. appellata, ff. si cert. pet. & licèt codicillus sit testatio mentis sicuti testamentum, non tamen sequitur, quod sit testamentum.

128 Secundo deducitur pro opin. communi text. in l. 3. ff. de testam. tutel. l. conficiuntur, l. 2. §. 1. ff. de iure codic. l. in bello, §. codicilli, ff. de capt. & postlim. reuers. l. 3. §. fin. ff. de iure Codicill. in quibus omnibus dicitur, quod codicilli perinde sunt, ac si essent testamentum, & ad testamentum pertinent, l. si quis in graui, §. codicillos, ff. ad Syllan. & qui facit codicillos quodammodo dicitur testari, ergo codicilli si non propriè, saltem impropriè, & latè sumpto vocabulo, dicuntur testamentum.

Respondeo dictis iuribus, & alijs multis similibus, quod codicilli quodammodo dicuntur testamenta, latè sumpto vocabulo, accipiendo testamentum in genere, prout est testatio mentis: at hic accipimus testamentum in specie, prout est iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri vult, ergo non potest dici codicillus, nec testamentum, cum ambo sint species sui generis, s. vltimæ voluntatis; quomodo autem intelligatur accipi testamentum in specie, videbimus infra post ipsius definitionem.

129 Tertio confirmatur opinio glos. communis per regulam quæ habet, quando verba in sensu proprio nihil operantur, ad improprium intellectum trahuntur, vt per Angel. in l. si cum ante, C. de donat. ante nupt. ita tradidit Dec. in l. si tibi, in princ. ff. si cert. pet. idem Dec. in l. in contrahendo, ff. de reg. Iur. nu. 6. at si codicilli non dicuntur verè secundum propriam significationem testamentum, dicentur tamen impropriè, & latè sumpto vocabulo, ex quo codicillus dicitur testatio mentis, sicuti testamentum,

Respondeo, quod si ego demonstrauero verbum codicillos non dici nec propriè nec largè testamentum, tunc clarum erit, Regulam illam nihil proficere, at infra in 3. opionione hoc demonstrabitur, ergo & pro nunc sufficiat hæc ratio; nã si testamentum & codicillus sunt species propriè sui generis, accipiendo testamentum in specie, vt iam præmonui, quomodo potest esse, quod codicilli sint etiam impropriè testamentum, cum vna species non sit altera, l. veluti, ff. de iust. & iure.

130 Quarto tamen augetur prædicta opinio: nam testamentum dupliciter accipitur, strictè, & largè, seu propriè, & impropriè: Testamentum propriè & strictè, dicitur illud, quod definitur in l. 1. ff. de testament. largè et impropriè dicitur testatio mentis, Indeterminatè & confusè, ita Bart. in l. 1. col. pen. vers. 4. C. de summ. Trin. iuncta gl. ff. de verb. signif. vbi munus propriè dicitur, quod necessariò subimus, largè autem donum voluntarium significatur: at codicilli sunt testatio mentis, ergo sunt impropriè testamentum,

Respondeo, quod testamentum quod largè sumitur pro mentis testatione, est testamentum in abstracto considerato & in genere, secundum opin. cõmun. licèt apud nos non detur in genere, & tunc fateor codicillos esse testamentum: at hic considèratur testamentum in concreto, & in indiuiduo, nunquid s. codicilli dicantur largè testamentum in specie consideratum, ergo.

Quinto

131 Quinto codicilli sunt pars acceessoria ad testamentum, vel pertinét ad causam testamenti, vel habent essentiam à testamento, l.2.§. 1. cum glos. & l.pen.ff.quemadm.testam.aper. l.3.in fine,ff.de iure codicill. ergo largo modo codicilli dicuntur testamentum.

Respondeo, quod non valet consequentiam: Codicilli sunt pars accessoria testamenti, vel pertinét ad testamentum, vel ab eo essentiam capiunt, ergo largè sunt testamentum, quia peculium est accessorium ad seruum, l.2.ff.de pecul. & ad ipsum pertinet, ita, quod sine eo, vel filiusfamilias sine eo consistere non potest, l.fin.C.de inoff. testam. & tamen nec quouis modo seruus nuncupatur.

Sexto & vltimo pro communi deducitur: Codicilli non facto testamento, sunt vice testaméti, l.ab intestato, in fine, ff.de iure codicill. ergo largè dicuntur testamentum.

Respondeo ex mente Crispi, quod nō tenet hęc consequentia, codicilli sunt vice testamenti, ergo largè testamentum: nam Nepos succedit loco filij, & vicefilius est, §. posthumorum, infra, de exhæred.lib.ergo largo modo debet dici filius, quod tamen negat Bart.in l.liberorum, ff.de verb.signif.

Secundo respondeo his duabus nouissimis argumentationibus, dato, non tamen concesso, quod valeat hæc consequentia: codicilli pertinent ad testamentum, vel ab eo recipiūt essentiam, item, sunt vice testamenti, ergo sunt largè testamentum, hoc tamen solum est verum, considerato testamento in genere, prout est vltima voluntas, non aūt respectu testamenti specifici, cum non sint iusta sententia, sicuti est testamentum in specie, ergo non obstat.

Vndè videtis, quod nec secunda opinio communis in iure sustinetur, nisi restringamus illam ad testamentum in genere: nam tunc fateor, quo latè sumpto vocabulo, codicilli possunt dici testamentum. Cum ergo in iure hæc opinio non subsistat,

132 Ego existimo veriorem esse opinionem contra communem, quod codicilli nō dicantur testamentum nullo modo, nec propriè, nec impropriè, seu largè, quam opinionem tenuerunt Ioan.Fab. Aret. hic, & Tobias num.29. Camillus Plantius, in libello de notis Cranettę, lib.2.cap.4.num.3.

Pro qua plura deducuntur maximi ponderis, &

Primo, quæ diuersa habent nomina, diuersam habent substantiam; l.si idem, C.de codicill.l. Titia, §.filia, ff.de cond.& demonstrat. cap.omnia, 31.distinct. at codicilli, & testamentum sunt diuersa in nomine, ergo & in substantia, ergo codicillus non est testamentum aliquo modo.

Sed ad hoc fundamentum respondebat Tobias d.num. 29. quod licèt testamentum & codicillus sint diuersa in nomine, diuersamque habent substantia, tamen ex hoc non sequitur, codicillum testamentum dici non posse, nam Arrogatio quoque & Adoptio, diuersa habent nomina, diuersamque substantiam, vt est in tit.supra, de adopt.& tamen Arrogatio, Adoptio dici potest, & sic apparet, ex nominis diuersitate vel substantiæ, non inferri necessariò, vt alterum sub alterius appellatione non comprehendatur.

133 Sed defendendo prædictum argumentum replico, quod imò ex quo codicilli diuersum habent nomen, diuersamque substantiam, non posse aliquo pacto dici testamentum. Non obstat simile de Arrogatione, quæ Adoptio dici potest &c.nā respondeo, quod adoptio est nomen generis, item, nomen speciei, prout est genus, non habet diuersam substantiam, ex quo genus inest in qualibet eius specie, l.si quid earum, §.interemptum, de leg.3. vnde non est mirum, si arrogatio possit dici adoptio, sed prout est species, tunc habet diuersam substantiam ab arrogatione, ita quod arrogatio non potest dici adoptio, sed in casu quæst. nostrę consideratur testamentum, prout est species vltimæ voluntatis, sicuti codicilli vltimarum volūtatum species sunt diuersæ, non autem prout est genus ad ipsos codicillos, ergo cum habeant diuersam substantiam, non est mirum, si ipsi testamentum esse non dicantur.

134 Secundo reducitur ex mente aliorum hic, ex diuersitate titulorum arguitur substantiæ diuersitas, l.2.§. quartus, C.de veteri iure enucl.l.2.ff. de milit.testam.sed codicilli & testamentum diuersos habent titulos, ergo diuersam substantiam, ita quod non possit dici testamentum.

Respondebat Tobias, quod licèt sint diuersi tituli codicillorum & testamentorum, non tamen sequitur ex hoc, alterum alterius appellatione non comprehendi: nam Falcidiæ & Trebellianicæ diuersi sunt tractatus, tamen constat quod Falcidiæ appellatione Trebellianica continetur, l. in quartam, vbi Scribentes, ff.ad l.Falcid.§.2.infra, quib.mod.testam.infirm.

Replico ad hanc Tobiæ responsionem, quod Falcidia accipitur dupliciter, in genere, & in specie, prout accipitur in specie, significat id quod legata resecat vsque ad dodrantem, adeò, quod quarta remanet apud ipsum hæredē; si verò accipiatur in genere, significat omne illud quod resecat, & hoc pacto accipiendo, Trebellianica dici potest Falcidia, eo quia resecat legata & fideicommissa, & hac ratione diuersos habent tractatus Falcidia & Trebellianica, modò, si accipiatur Falcidia in specie, prout significat id quod resecat tantum vsq; ad dodrantem, tunc reputatur species distincta, & separata à Trebellianica, & hoc modo Trebellianica non potest dici Falcidia; sic in casu nostro, ex quo testamentum & codicilli considerantur inter se, vt species diuersæ, ac distinctæ, & prout species vltimæ voluntatis, dico, quod vna species, idest codicilli, non possunt dici altera species, scilicet testamentum, argumento l.veluti, ff. de iust.& iure, si autem acciperemus testamentū in genere, tunc fateter, codicillos aliquo modo posse dici testamētū.

Tertio confirmatur opin. contra communē, ex Aret.per l.fin. C.de codicill. vbi expresè probatur, diuersum esse testamentum à codicillis.

Nec obst. responsio Tobiæ hic, dicentis, ex hoc non inferri, quod saltem sub alterius appellatione alterum non contineatur, nam negari non potest inquit ipse, Trebellianicam, & Falcidiam, diuersa esse, tamen neminem latet Falcidiæ appellatione Trebellianicam quoq; contineri, d.l.in quartā; Nam ad hanc eius responsionem replicatis vt suprà à nobis, factum est satis.

Quarto

Quarto comprobatur ex §.pen. infra de codicil. vbi codicillis hæreditas neque dari, neque adimi potest, ne confundantur ius testamentorum & codicillorum, ideo inquit text. nec exhæredatio scribi, nec directa hæreditas dari codicillis aut adimi potest, nec potest quis conditiones hæredi instituto codicillis adijcere, neque substituere directò, d.§.pen. ergo patet, quod nedũ nomine, sed etiam effectu diuersa sunt.

135 Præterea & quinto, eadem esse dicũtur quę substantia & natura, effectuumque productione sunt eadem, Dynus in cap. sine possessione, ver. duę possidendi qualitates, col. 3. lib. 6. Codicilli autem à testamento in his omnibus differunt, ideo non sunt eadem.

Sexto moueor, ea est testamenti definitio quam tradidit I.C. in l. 1. ff. de testam. quod sit voluntatis nostræ iusta sententia; Quæ quidem definitio ipsi soli competit, non autem conuenit codicillis, vt supra iam probatum est, vt infra dicemus, ergo codicilli non dicuntur testamentum, à quo enim remouetur definitio, remouetur & definitum, l. 1. §. dolum, ff. de dolo.

Septimo cõfirmatur d. opinio vltra DD. vrgenti ratione, testamentum & testatio, non sunt idem, 136 quemadmodũ multi ex nostris sunt opinati, sed diuersa, non enim traditur definitio testamenti, quando Imperator dixit, testamentum ex cõsuisse. appellatum, quod sit testatio mentis, quod patet; quia definitio debet constare ex genere & differentijs, Bart. in l. prima. ff. de testam. & quando in principio tit. nostri dicitur, quod testamentum est testatio mentis, nullæ sunt differentiæ, sed solum genus ponitur, ergo ibi testamenti definitio non ponitur. Vndè dicebat Plautius, in libello de notis Crauetæ, lib. 3. cap. 6, nu. 7. (defendendo testamentum & testationem mẽtis esse diuersa) quod loquutio Imperatoris est similis huic, homo est animal, verum est, tamen nemo dixerit per hæc verba tradi hominis definitionem. Sic in casu nostro, verum quidẽ est, testamentum esse testationem mentis, tamen hæc non est testamenti definitio, quia non conuertitur: sicuti, non valet, animal est, ergo homo est, non enim valet argumentum de genere ad speciem affirmatiuè, l. inter agnatos, cum ibi notatis, ff. vnde legit. Alex. in l. iurisgentium, §. sed si fraudandi, ff. de pact. modò sic argumentor, testamentum & mentis testatio non sunt idem, sed diuersa, at codicilli non possunt dici testamentum esse, nisi ex eo quod sunt testatio mentis, ergo codicilli aliquo modo non dicuntur testamentum.

Octauo & vltimo moueor: si codicilli possent dici testamentum latè sumpto vocabulo, tunc sequeretur, quod vna species distincta ab alia, largo modo posset dici alia, & sic homo largè erit bos, vel asinus, at hoc est falsum, quia quando sunt verè species æqualiter comprehensæ sub suo genere, & habent singulæ particulares differentias, quemadmodum habent testamentum, & codicilli, §. 1. infra de codicill. vna non potest esse altera nec largè nec strictè, arg. d. l. veluti, ff. de insti. & iure.

Restat ergo firma opinio contra communem, codicillos non posse dici nec propriè, nec impropriè testamentum. Et hæc quo ad hanc Conclusionem.

137 Tertia & vltima colligitur Conclusio ex hac glos. Definitionem testamenti de qua in l. 1. ff. eud. tit. nostro, vbi I.C. ita diffiniuit testamentum. Testamentum est voluntatis nostræ iusta sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri vult. In qua explicanda, hunc sequemur ordinem, videbimus in primis, an ex Regulis Iurisconsultorum ac Dialecticorum tradita fuerit, demum verò per contraria & oppositiones illius essentiam ac substantiales differentias faciliori ordine prosequemur.

Aio igitur, ꝙ omnis bona definitio (teste Boetio) debet constare ex genere & differentijs. Sequuntur nostri Interpretes, in l. 1. de acquiren. possess. varijsq; alijs locis, & præcipuè Ioan. le Cirier, in tractatu de primogenit. quæst. 1. lib. 1. num. 2. Socin. in tract. de oblat. lib. 1. num. 12. Anton. Rosell. in tract. de Indulgent. num. 120. videamus & quid loco generis, & quid loco speciei in hac I.C. definitione fuerit appositum.

Dicitur ergo in ea TESTAMENTVM. quod verbum significat ipsum definitum, frustratoria enim esset definitio nisi & ipsum definitum prius intelligeremus, vt tradunt Dialectici quos & nostri Legumlatores sequuti sunt. sequitur verbum

138 SENTENTIA. quod verbum stat loco generis, vt dixit Bartol. in l. 1. ff. eod. vbi Paul. Castr. in princ. omne enim testamentum est sententia, qua duce testator id quod post mortem suam fieri vult, exprimit, l. 1. C. de sacros. eccles. vnde tanquam genus continet omnem cuiuscunque rei deliberatam voluntatem, & ideo dicitur sententia iudicis, de qua per tot. tit. ff. de sentent. & re iud. sententia legis, l. ex sententia, ff. de testament. tutel. §. responsa, supra, de iure natura. gent. & ciui. accipitur enim pro sententia hominis, si de eius voluntate tacitè appareat, l. impuberibus, §. præterea, ff. de suspect. tut. pro sententia testatoria quæ habet vim sententiæ legis, §. disponat, in Authent. de nupt. & hoc modo dicitur adesse genus in hac definitione. Sequitur,

VOLVNTATIS, per quod quidem verbum designatur prima differentia, ponitur enim secundum Bart. ad differentiam dispositionis enunciatiuæ, quia tunc propriè non dicitur voluntas adesse, text. est in l. verba, C. eod. vbi verba enunciatiua dicuntur, quæ incidenter prolata sunt, & propter aliud omissa, vnde tunc non propriè adesse voluntas dicitur; Ad idẽ facit l. ex hac scriptura, ff. de donat. l. fin. de success. ab intestato.

139 Sed contra hanc Bartoli expositionem insurgit Aret. in l. 1. ff. eod. in verbo, volũtatis, dicens, illam non esse veram: quia etiam enunciatio, quamuis non disponat, est tamen actus voluntarius, & à voluntate procedens, vnde appellatur confessio spontanea, vt in l. 1. §. si quis verò, ff. de quæst. per glos. in l. 1. C. de confess.

Sed ab hac impugnatione credo ego Bart. posse saluari: nam verba enunciatiua possunt dici voluntaria duplici ratione.

Primo, ratione ipsius actus enunciandi, & hoc modo Bart. non inficiatur verba enunciatiua esse

volun-

voluntaria, constat enim proferentem ea sponte proferre.

Secundo ratione effectus qui per illa verba designatur: & hoc modo verba enunciatiua, quæ non disponunt dici possunt non voluntaria, & hoc modo loquitur Bart. ita etiam saluat ipsum Bart. Neruccius in Rubr. de testament. num. 11. per text. in l. obligationum substantia, §. fin. ff. de act. & oblig. nam si per iocum aut docendi causa dicam, promitto tibi centum, hæc mea enunciatio est voluntaria, quantum ad actum enunciandi, non tamen sequitur, vt sit voluntaria quantum ad id quod ea verba significant, scilicet, vt velim tibi obligari ad centum præstanda.

Secundo tamen contra hanc Bart. expositionem mouetur Neruccius, num. 11. qui inquit Bart. non rectè loqui: quia eius verba manifestè implicant contrarietatem, & sibimet contradicit: quatenus inquit ad differentiam illius dispositionis; deinde subiungit, quæ est enunciatiua, non voluntaria, seu dispositiua: nam qui dicit dispositionem, vtique dicit ordinationem deliberatam, & à voluntate deliberata procedentem, vt fatetur ipse Bart. in d. l. 1. ff. eod. cum ergo subiungat Bart. dispositionem de qua loquitur non esse voluntariam, seu dispositiuam, apertè contradictionem implicat.

Tamen ego etiam in hoc opinor Bart. posse saluari, pace tanti viri, nec aliquam contradictionem Bart. implicare videtur si rectè perpendantur illius verba: inquit enim ipse, verbum volontatis, esse positum ad differentiam illius dispositionis quæ est enunciatiua, non voluntaria, respectus scilicet effectus, cum non habeat animum obligandi, vt supra dictum est; deinde subdit: seu dispositiua, cum nihil disponat enunciatiua dispositio: vndè, illæ duæ voces non voluntaria, & dispositiua, non contradicunt, si accipiamus non voluntaria respectu effectus obligandi, prout accipi debent, sed erunt tanquam Synonima.

140 Sequitur verbum (NOSTRÆ) quod secundum Bart. exponitur, idest nostrum, qui sumus ciues Romani, idest liberi, & non subditi alterius potestati, vndè ponitur ad differentiam aliarum nationum subditarum, quæ non possunt condere testamentum, l. si quæramus, l. qui in potestate, ff. eod. quam expositionem Bart. sequitur Paul. Castrens. & cæteri DD.

Sed contra hanc Bart. expositionem insurgunt Bell. hic, num. 2. Tobias num. 32. & Picenard. pagina 33. ante eos illam damnarunt Marc. Anton. Natta, in l. hac consultissima. §. ex imperfecto, nu. 13. C. de testam. Neruccius in d. Rubr. extra eod. num. 11. Primò, quia ista expositio non videtur necessaria, nam generaliter qui testari prohibentur à Definitione prædicta excluduntur per verbum, iusta, quatenus exponitur, idest legitima, nam illorum sententia voluntatis non est iusta, cum sit à lege prohibita. Secundò, quia aliæ etiam Nationes legibus Romanorum non vtentes, possunt condere testamentum, cum illud sit de iure gentium, vt supra in Rubr. diximus, meritò Bellon. & post eum Tobias & alij, eam improbant.

Ego autem, & in hoc capite etiam opinor Bart. posse saluari: nam videbatur, quod illa expositio esset necessaria, cum illud verbum iusta, plures habeat interpretationes, vt statim dicemus, meritò, vt res ipsa clarior redderetur dixit volútatis nostræ.

Non obst. etiam secunda consideratio Bell. & sequacium, nam fateor, quod testamentum tanquã de iure gentium, & aliæ etiam nationes, sicut nos condere poterant, tamen dico, quod testamenta illarum nationum præter ciuium Romanorum, non sunt iusta voluntas, sicuti euenit apud nos: nam illud verbum, iusta, exponitur solemnis; quo admisso, patet illorum populorum testamenta non esse iustam voluntatem, solemnem, & perfectam, sed erat voluntas illorum prout de iure gentium erat: vndè dicere debebat Bell. quod licèt testamenta aliarum Nationum nô habeant eundem effectum, quem habent testamenta Ciuium Romanorum, tamen etiam ipsa sunt sententia voluntatis eorum dè eo quod quis post mortem suam fieri vult, & licèt non sit iusta & solemnis voluntas, est tamen voluntas, & in hoc malè loquutus est Bellon. & post eum Tobias, & Picenardus; Cum ergo illarum Nationum testamenta, nõ sit voluntas solemnis, ideò illud verbum (nostræ) exponitur ad differentiam illarum hominum; Et hoc pacto potest saluari Bartolus.

Secundò, & hæc est melior expositio, illud verbum (nostræ) est appositum ad denotandam causam efficientem testamenti; nam causa efficiens est voluntas nostra, idest nostrum, quod testamentum condimus, non autem voluntas aliena, & captatoria: testamentum enim non potest conferri in alienum arbitrium, l. illa institutio, & l. captatorias, ff. de hæred. instit. dicitur itaque voluntatis nostræ, & non alienæ, ad excludendos illos actus qui possunt conferri in alienum arbitrium & voluntatem, l. fin. C. de contr. empt. l. si quis arbitratu, ff. de verb. oblig. quam expositionem sequuntur Bellon. hic, Tobias & alij, & Neruccius in d. Rubr. extra eod. num. 11. Natta in d. §. ex imperfecto, l. hac consultissima, nu. 13. C. eod. tit. nostro.

141 Sequitur in definitione verbum (IVSTA) quod verbum secundum glos. & Bart. in d. l. 1. ff. eod. pluribus modis exponitur: Primò iusta, idest solemnis, ad differentiam non solemnis voluntatis, quæ non dicitur testamentum, vt in sta de hæred. quæ ab intest. defer. in princ. l. 2. §. 1. ff. de iure deliber. Secundò, iusta, idest legitima, hoc est, à iure permissa, & non reprobata, quia si quis incapacem institueret, vel turpiter disponeret de re sua, testamentum non diceretur, l. quidam, ff. de cond. institut. l. Mœuius, ff. de cond. & demon. l. 1. C. de hæred. iust. Tertio exponitur iusta, idest perfecta, sicuti enim dicitur iusta ætas, idest perfecta ætas, vt in l. consilio, §. fin. de leg. 3. Bart. in d. l. 1. ff. eod. ita dicitur perfecta voluntas; per quam expositionem excluduntur omnes aliæ vltimæ voluntates, quæ non dicuntur perfectæ: per illud enim verbum (iusta sententia) voluit denotare plenam & perfectam voluntatem de omnibus bonis, & vniuerso patrimonio; qua figura loquutionis vtitur Liuius, appellans iustum prælium, vbi omnibus copijs decertatur, non autem tumultuaria, & velitaria pugna. De significatione huius

huius verbi (iusta) plura cumulat Goffredus in d. l. 1. ff. eod. num. 1. cũ seq. quod autem hoc verbum (iusta) id est perfecta denotet testamenti perfectionem, probo ex textu in Auth. de testament. imperfect. §. & siquidem, in verbo, perfectam, vbi Imperator appellat testamentum solemne, sententiam perfectam. Facit etiam text. in l. 1. iuncta Rubr. ff. de iniusto, rupto, & irrito testam. vbi iniustum testamẽtum dicitur illud, vbi solemnia iuris defuerunt, ergo à contrario iustum dicitur testamentum in quo iuris solemnia interfuerunt.

Ex quibus omnibus concludatis, non fuisse necessariam glos. suppletionem, dum nostræ Definitioni addidit, cum hæredis institutione, ex quo de natura verbi (iusta) includebatur: nam significat perfectionem, & cum institutio hæredis sit caput testamenti, sequitur, quod hæredis institutio includatur, iuribus statim deductis, & pro hoc facit secundum Barbat. in Rubr. extra eod. num. 4. glos. in Authent. de hæred. & Falcid. §. exhæredatos, in verbo (iustæ) quæ dicit, illud verbum (iusta) ordinem iuris significare. Ad idem est glos. in l. 2. ff. de iniusto testam. vbi prius testamentum tollitur, si posterius rectè perfectum est; & glos. declarat, quando dicatur perfectum, & dicit, quando ex eo quis potest esse hæres, ergo sequitur, iustum, & perfectum, esse vnum & idem. Vnde teste Barbatia, non conueniebat Bartolo ire per mendicata suffragia, dum laborat ostendere perfectionem testamenti ex illo verbo (iusta) cum hoc esset iam & per iura, & per authoritatem glossarum clarissimum.

142 Sequuntur finalia verba, videlicèt (DE EO QVOD QVIS POST MORTEM SVAM FIERI VVLT.) Quæ quidem verba ponuntur ad differentiam contractus, vel alterius dispositionis inter viuos, qui quidem actus vt plurimum non fiunt de eo quod quis post mortẽ suam fieri vult, sed de eo, quod quis fieri vult in vita, vel ad differantiam donationis inter viuos, & aliarum dispositionum in vita exitum habentium.

Sed cum mors sit triplex, naturalis, ciuilis, & spiritualis; de naturali & ciuili habetur per Bald. Imolam, Alexandr. & Galliaul. num. 7. in l. Gallus, §. & quid si tantum, de liber. & posth. Pauin. in tract. de offic. Cap. sede vacante, prælud. 7. num. 5. Mors autem naturalis est triplex, immatura, acerba, & matura, immatura est iuuenum, acerba infantium, maturaque senum, vt per Cardin. in Clement. 1. in 1. col. vt lite pend. Mors ciuilis est etiam in triplici differentia, quædam est mors contingens ex captiuitate, de qua in l. nec nos, ff. de capt. & postlim. reuers. quædam est proueniens ex delicto, prout euenit, quando quis propter delictum deportatur, l. sed si mors, ff. de donat. inter virum & vxorem. & l. si decem, §. si deportatus, ff. de bon. libert. quædam est mors ciuilis meritoriè, sicuti quando quis ingreditur Religionem, vt in l. Deo nobis, C. de Episcop. & cleric. Bald. & post eum Socin. in d. l. 1. ff. eod. Mors spiritualis est duplex, bona, & mala. Bona est quando quis per baptismum vel per pœnitentiam moritur peccato, vt viuat in Christo, cap. vt ostenderet, cum cap. seq. 4. distin. Mors mala dicitur, quando quis moritur per peccatum mortale sicut infidelis, cap. quis fine, 26. quæst. 2. cap. Episcopi, eadem causa, 26. quæst. 4.

143 Quæritur ergo, de qua morte intelligatur Definitio testamenti? Qua in re glos. in d. l. 1. in verbo, morte, dixit, quod intelligitur de morte naturali, postquam testamentũ est immutabile, cuius opin. tenuit Imola in Rubr. extra eod. de testam. nu. 13. per text. in l. ex ea parte, §. fin. ff. de verbor. oblig. Item, quia mors ciuilis non æquiparatur naturali, nisi in casibus à iure expressis, vt notat glos. in cap. susceptum, de rescript. in 6. & in cap. placuit, 16. quæst. 1. Tertio confirmatur per l. fratus, §. Cornelio, ff. de iure fisci, fallit & limitatur per Ananiam, in d. Rubr. de restam. num. 15. non procedere, quando mors ciuilis habet eundem effectum, quem habet naturalis, nam tunc in ea verificatur etiam Definitio testamẽti. quod autem quãdo resultat idem effectus ex morte ciuili qui ex naturali, mors ciuilis æquiparetur naturali, dixit Alex. in l. si decesserit, nume. 6. ff. qui satisd. cog. et in l. ex facto, nume. 9. ff. ad Trebell. Idem Alex. in l. Gallus, §. & quid si tantum, num. 2. ff. de lib. & posthum. Ias. in l. cum anus, num. 104. ff. de cond. & demonstrat. est communis resolutio de qua testatur Aret. in l. ex ea parte, §. insulam, ff. de verb. oblig. quam secuti sunt Roland. à Valle in tract. de lucro dot. quæst. 95. num. 15. Cephalus cons. 395. vol. 3. Anguisula in cons. 60. nu. 5. lib. 6. & Horat. Lucius, in cons. 163. nu. 9. vol. 1. cons. vltim. voluntatum, & ante omnes hæc fuit limitatio Cyni nostri in l. Deo nobis, C. de episcop. & cler. Felin. in cap. licèt, extra de offic. deleg. & glos. in Clement. Ne Romani, in verb. moriente, extra de election. Bart. verò in d. l. 1. distinguit inter ingredientem Religionem, non habentem proprium, etiam in communi, vt est Religio Fratrum Minorum, & tunc per talem mortem ciuilem, testamentum sumit vires, & fit immutabile, sicuti per mortem; Aut inter ingredientem Monasterium quod potest habere proprium in communi, vt est religio Monachorũ & Canonicorum Regularium, & tunc bona acquiruntur Monasterio, & illa habebit in vita ipsius ingressi, demum post mortem naturalem testamentum habebit effectum; quam distinctionem sequitur Imola, in d. Rubr. extra eod. nu. 14. et iudicio meo verissima videtur. Plures excitantur quæstiones, de quibus per Aret. in l. 1. nunquid testamentum reuocetur per mortem ciuilem, videlicèt, per ingressum religionis ad cuius scripta necnon etiam Bald. vos reijcio.

Ex singulis ergo verbis nostræ Definitionis apparet, hanc esse traditam secundum regulas & Dialecticorum & Iurisconsultorum: constat enim vt audiuistis ex definito, ex genere & ex differentijs, hancque vti perfectissimam sequuntur Bart. in d. l. 1. num. 1. ff. eod. Bald. & Ias. in Rubr. de legat. 1. num. 5. vbi Imola, num. 18. eandem sequuti sunt Barbat. in Rubr. extra eod. num. 4. Ananias, num. 14. Imola, num. 13. eandem communiter sequuntur Bell. Aret. Port. & Fab. hic, et alij, tum in Rubr. ff. eod. tum in d. l. 1. ff. eod. vbi Aret. & Goffredus.

144 Probatur primò, quia illa definitio quæ constat ex genere & differentijs, iure recepta est, Bar. in l. 1. ff. de dolo, DD. & Bart. in l. 1. ff. de acquir. possess.

Cagnol.

Cagnol. & Decius in l.omnis definitio, de reg.iur. at hæc constat ex prædictis, ergo.

Secundo probatur ex Portio hic, num.4. quia hæc Definitio iuuatur authoritate necessaria Modestini, & Vlpiani, in d.l.1. quasi sentiat ipse Port. quod bona Definitio sit illa quæ nititur authoritate legumlatorum, quæ est necessaria, licet illa Interpretum sit tantum probabilis, vt tradunt Scribent. in l.1.ff.si cert.pet.

245 Tertio suadetur ratione secundũ Port. quia hæc complectitur causam efficientem, cum dicatur in ea; (voluntatis nostræ) voluntas enim nostra est illa, quæ subintrat & regulat testamentum, l. cum quæstio, C.de leg.l.in conditionibus, ff.de condit. & demonstr. complectitur etiam causam formalem, cum dicat (iusta sententia) idest solemnis, vt supra diximus, & infra dicemus. Complectitur causam materialem, dum in ea dicitur, de eo quod quis post mortem suam fieri vult: nam si aliquis non habeat bona nec actu, nec potẽtia, non potest testari, l.eius, §.fin.ff.de testam. Auth. Ingressi, C.de sacros.eccl.iuncta l.qui soluendo, ff.de hæred.inst. Item, complectitur causam finalem, cũ dicat, post mortem: hæ autem causæ operantur, quod bona dicatur esse Definitio.

Quarto & vltimo probatur hæc Definitio, non competit alteri quam suo Definito, ergo est bona. DD.in l.omnis definitio, de reg.iur. quod verũ an sit, latius infra videbimus.

246 Contrariam tamen opin. quod imò sit mala Definitio & defectiua, tenuit glos. nostra hic, & glos. in d.l.1.ff.eod.eandem opinionem tenuit Paul. Castrens.in d.l.1.num.5. Roman.ibi, in princ.& nonnulli alij antiquiores, eandem sequitur Picenard. pagina 38. & contra ipsam validissimis insurgunt medijs, &

Primò, ad hoc vt bona Definitio in iure dicatur, debet esse talis, vt alteri quàm suo definito non competat, l.1.§.dolum, ff.de dolo, vbi Bar. at hæc competit alteri, ergo.

Minor propositio probatur: quia competit Codicillis, donationibus causa mortis, legatis & fideicommissis, codicillus enim & donatio, legatum & fideicommissum, sunt voluntatis nostræ iusta sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri vult, tamen codicillus, legatum, donatio & fideicommissum non dicuntur nec sunt testamentum, argumento l.si idem, C.de codicill.

Huic fundamento valde elaborant Interpretes vt respondeant.& plures accõmodantur ab ijsdem solutiones, sed non transeunt sine contradictore.

Prima itaq; fuit solutio gl.hic, & in d.l.1.ff.eod. quod huic definitioni sunt addẽda illa verba, cum hæredis institutione, qua suppletione admissa, omnis cessare difficultas videtur: quia tunc non competet nisi testamento, non autem legato, donationi, & codicillis, in quibus non fit hæredis institutio, l.2.C.de codicill.§.pen. infra, de codicill.cum similibus.

Sed hæc solutio reprobatur, cum potius sit reprehensio quàm solutio, & contra ipsam insurgit Bart.quem DD.cõmuniter sequuntur, vt animaduertit Nerucci. In d. Rubr.de testam. nume.12.& Tobias hic, num.57.inquiens, durum videtur concedere Vlpian. I.C. nesciuisse diffinire testamentũ: absurdum quidem est velle de ignorantia Iurisconsultos redarguere.

Secunda igitur fuit solutio ad argumentũ quod ibi definitur testamentum nõ specialiter, idest non secundũ propriam significationem, sed secundum largam, & impropriam, secundum quam quælibet vltima voluntas potest dici testamentum, secundũ quosdam, et hoc pacto cessant difficultates.

Sed hæc solutio reijcitur per Neruccium, & benè iudicio meo: quia in illo titulo specialiter & principaliter tractatur de testamentis secundum specialem significationem, patet: quia de alijs vltimis voluntatibus pertractatur in titulo de codicill. de legatis, de donationibus, & de fideicommissis, ergo intelligẽda est illa definitio in testamento speciali. Quam opinionem quod scilicet ibi definiatur in specie testamentum, tenuerunt Moder. Bonon.in Rubr.de leg.1.num.59 & diximus nos supra in 2.conclus.huius glos.

Confirmatur: quia si ibi definiretur testamentum in genere, tũc omnis vltima voluntas propriè esset testamentum, quod est falsum, cum definitio ponat propriam substantiam rei, ergo hæc solutio non est admittenda.

Tertia fuit solutio antiquorum, quod in d.definitione sit subaudiendum, de eo videlicèt vniuerso: nam per illam subauditionem, excluduntur legata, & aliæ vltimæ voluntates, quæ sunt particulares acquisitiones, § fin.tit.præcedentis.

Sed glossa in d.l.1.ff.eod.reprobat hanc solutionẽ, & communiter cæteri scribentes, quia etsi fiat hæredis institutio in re particulari, est tamen testamentum.

Sed ista ratio glos. non est vera, quia si in tali testamento non instituatur alius hæres, negatur quod institutio sit de re particulari; quia immo est de vniuerso, cum ipsius rei certę mentio detrahatur, l.1.§ si ex fundo, ff. de hęredib.instit. si verò in tali testamento sit hęres institutus alius sine mentione certæ rei, negatur quod institutio in re certa, propriè, & simpliciter sit institutio: aut quod talis institutus propriè & simpliciter sit hęres: quia immo propriè & simpliciter est legatarius, text. est in l.quoties, & ibi not.DD.C. de hęred.instit. ergo hęc ratio glos. non concludit quod testamentum sit de re particulari, vt animaduertit hic Neruccius.

Tamen reijcitur ex alio hęc solutio glos. quia per hanc subauditionem esset redarguere Iurisconsultum, vt supra diximus.

Quarta fuit solutio Bart. in dicta l.1.ff.eod. qui dicebat, quod absque alia subauditione hęredis institutio in hac definitione comprehenditur, ita, quod non competat neque codicillis, neque legatis, neque donationibus. Quod hęredis institutio comprehendatur, probari inquit Bart. quia illud verbum (iusta) in hac definitione positum, vltra alias significationes, hanc habet pręcipuam, vt significet perfectionem, exponitur enim iusta, idest perfectum, dicitur enim iusta ętas, idest perfecta ętas, l.consilio.§.fin.de legat.3. dicitur etiam

iustus

iustus metus, idest perfectus metus, l.fin. §.si iussus, l.metu, la secunda, ff quod met. caus. sed hæc sententia non potest esse perfecta sine heredis institutione, §.ante hæredis, insra de legat. ergo hæredis institutio continetur in hac definitione, ergo cessat supradicta obiectio facta de codicillis, de donationibus, & de alijs.

Quam solutionem impugnat Paul. Castrens. in d.l.1. quem sequuntur nonnulli Nouissimi, inter quos est Picenardus hic, pagina 35. nam codicilli, legata, donationes causa mortis, dicuntur perfecta voluntas de eo quod quis post mortem suam fieri vult; quemadmodum enim musca vel formica loquitur ipsi, licèt sit exiguum animal, respectu sui dicitur animal perfectum, ita codicilli, legata & fideicommissa dicuntur actus perfecti, licèt respectu testamenti non sint tanti ponderis.

Port. tamen & Bell. hic, & Aret. in d.l.1. ff. cod. dicebant, quod verbum (iusta) in hac definitione accipitur comparatiuè ad testamentum, quo casu codicilli, donationes, & legata, non dicuntur actus perfecti, quia testamentum est magis perfectum, hoc enim verbum (iusta) dicebat Francisc. de Aretio, respectu testamenti intelligitur de perfectiori significatu, argum. l.1. §.qui in perpetuum, ff. si ager vectig. vel emphyt. petat.

Sed ista defensio non videtur vera, neque sufficiens. Primo, quia ibi nulla fit comparatio de testamento ad codicillos, & ad legata, sed simpliciter & absolutè I.C. dicit, quod testamentum est voluntatis nostrę iusta sententia; vndè, hoc verbum non videtur aliter excludere donationes, legata, & codicillos.

147 Secundo reijcitur d. defensio Aret. Port. & Bell. quia perfectum dicitur quasi totaliter factum, secundum Thomam 1. parte, quæst. 4. art. 2. fit enim à perficio, quod totalitatem & integritatem significat, l.vrbana familia, §.fin. ff. de offic. præsid. vndè I.C. in l.1. ff. de origi. iur. definiuit perfectum esse id, quod ex omnibus suis partibus constat, sed omnes aliæ vltimæ voluntates æquè constant ex omnibus suis partibus, sicuti testamentum ex suis, & eis nihil deest secundum modum perfectionis earum, ergo æquè propriè sunt perfectæ in genere suo, sicuti testamentum in suo; ita dicebat Neruccius in d. Rubr. extra cod. nu. 13. vnde defensio Aretini corruit.

Neruccius tamen conabatur defendere, sub nu. 14. prædictam Bartoli solutionem, dicens, verba in dubio sunt accipienda & intelligenda secundum subiectam materiam, cap. intelligentia, de verb. sign. l.stipulatio ista, §.hi quoque, & §.hęc quoque, ff. de verb. oblig. ergo cum hoc verbum (iusta) exprimatur in definitione testamenti, quatenus exponitur iusta, idest perfecta, intelligitur non solum in significatu potiori, qui possit cõsiderari, vt dicebat Aretin. sed intelligitur secundum subiectã materiam, idest de ea perfectione quæ requiritur & sufficit in quolibet testamento, et hoc modo excluduntur omnes aliæ vltimæ voluntates.

148 Confirmo ego hanc Neruccij defensionem ex Ozer. hic, nam verba ad aliquid relata, seu in aliqua dispositione posita, intelligũtur secundum naturam & qualitatem eius ad quod referuntur, l.plenum, §.equitij, ff. de vsu & habit. sed hoc verbum (iusta) positum in definitione testaméti, refertur ad testamentum, ergo intelligi debet secundum qualitatem testamenti, vt scilicet significet perfectionem respectu hæredis institutionis.

Sed ego contra hanc Neruccij & Ozer. saluationem, insurgo ex Viglio; nam definitio debet definitum declarare absq; aliqua relatione ad definitũ, ita, vt alij non competat, quàm rei definitæ, tamen secundum Neruccium & Ozer. hæc definitio non declarat definitum, sed potius è conuerso, definitum declarat definitionem: quod videtur absurdũ, cum definitiones adinuentę sint, vt nobis declarent quid illud sit de quo quæritur.

Secũdo ex alio ego illam reijcio: quia contra ipsam obstant ea quę contra defensionem Aret. deducta sunt: nam dato quod intelligatur de illa perfectione quę requiritur in testameto, tamen codicilli, donationes, legata, sic eodem modo dicentur perfecta perfectione illa quã ipsi exigunt, ita, quod codicilli ita sint in suo genere perfecti, sicuti testamentum in suo genere.

Pręterea et tertio, non est admittenda talis defensio, quia sequeretur, quod testamentum posset definiri tribus verbis tantũ, videlicèt, testamentum est vltima volũtas iusta, ergo inepta esset definitio Vlpiani, multa verba in sua definitione inculcantis; nam frustra fit per plura, quod potest fieri per pauciora æquè bene, iuribus vulgatis.

Nec obstat, id quod ipse Nerucc. respondebat, quod hoc non est absurdum, quod I.C. Vlp. addiderit alia verba de eo quod quis &c. vt magis explicet substantiam definiti: quamuis enim includerentur in illo verbo (iusta) idest perfecta, quia institutio non perficitur nisi post mortem, apposuit tamen, vt clarius vltimam differẽtiam implicatam dilucidaret; nam, replico, ad hoc quod si iam erat perfecta voluntas, frustratoria fuit declaratio, si non erat perfecta, eo quia non perficitur nisi post mortem, sequitur quod testamentum non posset definiri illis tribus verbis, at per eum potest definiri, ergo corruit, & sic armis suis, quæ contra Aret. vibratat, seipsum interficit.

Quinta igitur in ordine fuit solutio ad arg. superius excitatum, quod alię vltimę voluntates excludũtur ab hac definitione, per illud verbum, sententia, quod ponitur in hac definitione, ad similitudinem sententiæ iudiciarię: nam sicuti illa non est sententia, nisi disponat & definiat vniuersum negocium, siue causam super qua litigatur, l.dicere, in princ. l.qualem, ff. de arbitr. & l.in hoc iudicio, ff. famil. ercisc. ita & sententia testatoris non est testamentum, nisi disponat de vniuerso, d.l.nihil aliud est hęreditas, ff. de verb. signific. ergo in hoc verbo designatur sententia de vniuerso, & consequenter per ipsum excluduntur aliæ vltimæ voluntates, per quas non disponitur de vniuerso iure tam directo, quàm vtili, ergo virtute huius verbi significatur dispositio cũ directa hęredis institutione, per quam solam transfertur ius vniuersum hęreditatis; & hãc solutionem tradidit Nerucc. in d. Rubr. extra cod. tit. nostro, num. 15.

149 Sed hæc illius solutio non tollit difficultatem excitatam, & in primis est animaduertendū, quod similitudo sententiæ iudiciariæ & sententiæ testamentariæ non est admittenda: nam sententia iudiciaria debet esse de vniuerso negotio, & totam litem dirimere, l.tot, in princip. C.de appellation. quia ipsa efficitur irreuocabilis, non enim potest per aliquod tempus retractari, sed pro veritate habetur, dixit pulchrè Fabianus de Monte, in tractatu de empt. & vendit. quæst. 8. nume. 22. & Guido de Suza. in tractatu de guarentig. instr. nume. 50. sententia verò testatoris ad libitum reuocatur, l. 1. C. de sacrosan. eccles. ambulatoria est enim voluntas vsque ad mortem, l.3. cum l. sequenti, ff. de adim. legat. Præterea, non valet consequentia, iudiciaria sententia est de vniuerso negocio, ergo sententia testatoris debet esse de vniuerso dominio directo vel vtili, nam potest esse sententia testatoris quæ non sit de vniuerso patrimonio, sed parte, & tamen erit sententia valida, ergo non potest sumi argumentum ab illa sententia iudicis, ad sententiam testatoris.

150 Item, ex alio improbatur: Dato, non tamen concesso, quod valeat argumentum de sententia iudicis ad ipsum testatorem, tamen non per hoc aliæ excluduntur vltimæ voluntates, sicuti existimat ipse Neruce. nam codicilli, legata, donationes causa mortis, aliæque vltimæ voluntates, dicuntur in suo genere esse sententia de vniuerso relicto, sicuti est sententia testamentaria in suo genere testamenti, patet enim quod si in codicillis iure obliquo relinquatur hereditas, vel fideicommissum, vel illius pars, vt infra, de codicill. tunc illa respectu codicillorum erit sententia de vniuerso, sic in legato si relinquantur centum Mæuio, illud legatum erit sententia de vniuerso legato relicto, & ab hærede persoluendo, §. legatum, infra, de legat. l. legatum, de leg. 2. si ergo conuenit alijs vltimis voluntatibus, sequitur, quod hæc solutio Nerucij in iure non sustineatur.

Sexta itaque fuit solutio Modern. Patauinorum hic, quam referunt Vigl. & Tobias hic, nume. 39. vt dicamus, quod omnis definitio in iure periculosa est, parum enim abest quin subuerti possit, l. omnis definitio, de reg. iur. vnde, licèt hæc definitio codicillis, & alijs de quibus supra, conueniat, & sic subuertatur, hoc tamen nouum non est.

Sed hanc reprobat Viglius, dicens, quod text. in l. omnis definitio, debet intelligi de Regula, non de definitione, de qua quærimus nos, vt glossa ibi declarat, & titulus ipse indicat, argumento l. Imperatores, ff. de in diem adiect. sed dato, quod etiā loquatur in definitione d. l. omnis definitio, tamen semper niti debemus vt Iurisconsultorum definitiones sustineamus, vt per Mainer. Cagnol. & alios, in d. l. omnis definitio.

Septima fuit solutio ad argumentū supra deductum ipsius Viglij hic, num. 29. quod illud verbū (iusta) in hac definitione exponi debet, solēnis, quia iustum dr̄ id, quod solemne est, l. 1. iuncta Rubr. ff. de iniusto rup. sed codicilli non continent iustā, i. solemnitatē, vt est tex. in §. fi. infra, de codicill. ergo codicillus non est iusta volūtatis nostræ sententia.

Verum hæc solutio non sapit veritatem: quia codicilli aliquam requirunt solemnitatem, videlicèt, quinque testium, prout dicit glos. in d. §. fin. & diximus nos supra in Rubr. Facit pro hoc text. in terminis, in l. fin. C. de codicill.

Possumus tamen fortasse hanc Viglij solutionem saluare, dicendo, quod iusta, idest solemni sententia, in testamenti definitione posita, accipi debet in potiori significatu, argumēto l. quæritur, ff. de statu hom. l. 1. §. si quis in perpetuum, ff. si ager vectig. vel emphyt. pet. quo stante, videtur excludere codicillos, & cæteras vltimas voluntates, in quibus non requiruntur illæ solēnitates, quæ requiruntur in testamento. Sed hoc non transit sine difficultate.

151 Octaua igitur fuit solutio Bell. hic, nu. 4. & 5. quæst. 4. vbi dicit, quod ad hoc vt bona sit definitio, sufficit vt cōprehendat regulares & principales differentias, vt inquit Abb. & Deci. nu. 3. in Rubr. extra de iudic. nam difficile est, quod definitio sit tam generalis, quod comprehendat omnes casus secundum regulam, sufficit enim vt res definita ab alijs rebus discernatur, vt per eundem Decium in d. Rubr. num. 5.

Sed contra hanc solutionem faciunt tradita per Gamarum in lib. 1. Dialecticorum in loco à definitione, theorica communis est contra Bell. in d. l. omnis definitio, per text. in l. 1. §. dolum, ff. de dolo.

Nec obstant dicta Decij, & Abbat. & Saliceti, quia possunt sibi locum vendicare in descriptione, non autem in definitione.

152 Nona fuit resolutio Tobiæ hic, sub num. 43. qui opinatur vltra alios soluere contrarium, si dicamus, quod verbum (iusta) significat id, quod est perfectū ex omni parte, nam nomen illud (iustus, a, um) habet emphasim, vt dicatur ex omni parte completū id quod iustum est. Probat hoc multis medijs. Primò, sicuti dicitur iusta hereditas, quę omni iure defertur, l. 3. §. de illo, vbi Budæus hoc declarat, ff. pro socio, probatur etiam in l. fin. §. si iniusto, iuncta l. metum, l. 2. ff. de eo quod metus causa. vbi iustus metus dicitur ille, qui in virum constantissimum caderet, tertio patet ex l. cum filio, §. fin. de legat. 3. Alciat. in l. hoc veniet, ff. de verb. signif. ita in testamento dicitur iustum, i. perfectum, & ex omni parte completam, voluntatis istius nostrę sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri vult: at codicilli, donatio causa mortis, cōtractus post mortē contrahentium collati, non continent perfectā ex omni parte & completam voluntatem disponentis, de eo quod quis post mortem suam fieri vult: quia licèt contineant sententiam disponentis, respectu casuum in illis dispositionibus comprehensorum, tamen superest sententia disponentis in alijs, quæ omninò post mortē eueniunt, nempè, in hęredis institutione, ergo codicillus & donatio causa mortis, non continentur sub hac definitione.

153 Nec obstat inquit Tobias, quod dicebant Paul. Castr. & Viglius, q̄ codicilli, etiam respectu sui, dicuntur ex omni parte cōpleti, Nam respondet ipse, q̄ licèt dicantur perfecti, & ex omni parte perfecti & cōpleti respectiuè, non tamen potest dici completā & perfectā ac plenā sententia de eo q̄ quis post mortē suam fieri vult, quia aliqūd vltra codicillos

superest quod velit defunctus, nempè, hęredis institutio, quę in codicillis, & in alijs dispositionibus, præter quam in testamento fieri non potest, l. 2. C. de codicill. & secundum eum hæc est verissima Interpretatio, & amplectenda.

Sed hæc resolutio de qua ipse Tobias multum gloriatur, nullo modo defendi potest, & easdem patitur difficultates, quas & aliæ solutiones patiūtur, & pręcipuè faciunt contra eam rationes deductę in 4. solutione contra defensionem Aret. & Nerucci.

Præterea, contra ipsam ego moueor; nam si codicilli, donatio causa mortis, & alij actus collati post mortem, cōcluduntur ab hac definitione, quia non continent perfectam ac ex omni parte completam voluntatis nostræ sententiā, cum in illis deficiat hæredis institutio. Et tunc sequetur, quod in d. definitione testamenti, de qua in d. l. 1. non definiretur testamentum militare factum in conflictu coram duobus testibus, neque testamentum ad pias causas, neq; inter liberos conditum, quia sunt testamenta imperfecta respectiuè, l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. eod. titulo nostro, est text. in Auth. de testam. imperfecto, in princ. & ex illa Rubr. sed consequens est falsum, quia in d. definitione definitur secūdum communem sensum in dicta l. 1. ff. eod. omne testamentum, ergo solutio Tobię falsa est.

Augetur difficultas: quia non est verum, quod illud verbum, iusta, idest perfecta, excludat voluntates perfectas respectu sui, respectiuè tamen ad testamentum imperfectas, nam vt supra dictum est, simpliciter probatum est illud verbum, iusta, ab Vlpiano, absq; aliqua cōparatione vel respectu ad alias vltimas voluntates, ergo non est admittenda.

Vnde ex his apparet nullam hucusque fuisse à nostris Interpretib. inuentam solutionē ad contrarium excitatū, contra hanc testamenti definitionē,

154 Quare ego existimo de facili tolli posse argumentum supra deductum. Et quod bona sit definitio Vlpia. dicentis testamentū esse voluntatis nostrę iustam sententiam de eo quod quis post mortē fieri velit. Nec videtur competere codicillis, legatis, & donationibus causa mortis, quod probo, interpretando illud verbum, iusta, prout facit text. cum glos. in l. 2. ff. de iniusto rupto testamēto, qua expositione admissa, tollitur contrarium: quia perinde est, ac si in d. definitione sint apposita illa verba, cum hæredis institutione, per quæ verba Paul. Castrens. & alij fatentur non competere codicillis & alijs vltimis voluntatibus, quod autem perinde sit, ac si essent apposita verba illa, cum hæredis institutione, patet, dicitur in d. l. 2. vbi glos. ff. de iniusto, rupto, quod prius testamentum tollitur per posterius perfectum, & glos. in verbo, perfectum, dicit, quod perfectum dicitur illud testamentum, in quo est hæredis institutio, allegans l. 1. ff. de iniusto, rupto; si ergo perfectum testamentum dicitur illud, quod habet hæredis institutionem, & in definitione illud verbum (iusta) exponatur, idest perfecta, ergo sequitur, quod hæc definitio non competat codicillis, & alijs vltimis voluntatibus, in quibus non cadit hæredis institutio, l. 2. C. de codicill. §. pen. & fin. J. de codicill. & hæc sit decima solutio ad prædictum argumentum, quod Picenard. plurimi faciebat, quam videtur sentire Barbat. in Rubr. extra eod. tit. nostro. Sed non differt hæc solutio ab illa Tobię, ideo videntur obstare contra ea argumenta deducta superius, tamen ab illis saluatur ex infra dicendis à nobis.

155 Vndecima sit solutio vltra DD. vt accipiamus illud verbum (iusta) simpliciter & prout iacet. Iustum enim testamentum ad differentiam iniusti illud dicitur, in quo omnia quæ ad testamenti factionem requiruntur, interueniunt, videlicèt, quod filius non sit præteritus, l. 1. ff. de iniusto, rupto, quod solemnitas seruanda fuerit seruata, l. hæredes, cum l. sequenti, ff. de testament. quod adsit hæredis institutio, §. ante hæredis, infra de legat. l. non codicillum, C. de testament. quod possit testari, qui testatur, l. 2. & l. si quæramus, ff. eod. & quod institutus possit institui, l. eius, ff. eodem titulo nostro. Iniustum verò testamentum id dicitur, quando in eo vnum ex supradictis requisitis deficeret, hoc probatur ex Rubr. & per totū illum tit. ff. de iniusto rupto testam. Secundo expressius probatur ex l. 2. §. ex his, eiusdem tit. vbi dicitur, ex his apparet aliam causam esse filiorum supersitum, aliam posthumorum; nam illi iniustum faciunt testamentum, posthumi rūpunt, ergo iustum testamentum est id, quod non potest rumpi vel irritum fieri aliquo tempore, cum in eo adsint omnia requisita, sicuti per contrarium deficit illud & fit iniustum, illis requisitis deficientibus. Tertio posset probari exemplo nuptiarum; quæ dicuntur iustæ & iniustæ: iustæ, quæ fiunt secundum iuris pręcepta, vt supra, de patria potest. iniustę, quę fiunt contra formam iuris, l. vnica, C. vnde vir & vxor, at hæc iusta sententia quæ requiritur & est in testamento non conuenit codicillis, legatis, donationibus causa mortis, & contractibus qui post mortem exitum habent, ergo non obstat contrarium. Quod non conueniat, probatur: quia in codicillis, & in alijs, non requiritur quod præteritio interueniat, quod adsit septem testium solemnitas, hæredis institutio, testamenti factio actiua & passiua, cum in his omnibus non cadat institutio hæredis, l. 2. C. de codicill. §. pen. & fin. infra de codicill.

Nec obstat si dicas, ergo codicillus erit sententia iniusta voluntatis nostrę, quod tamē est falsum, ego respondeo, quod quantum pertinet ad testamentum, erit iniusta sententia, cum non sint seruata in eo requisita, quantum verò ad substantiam codicilli, dico, quod erit iusta sententia, cum sint seruata quæ ad codicillorum validitatem requiruntur, aliàs si non esset seruatum id quod in codicillis requiritur, tunc diceretur sententia iniusta, & hanc solutionem si rectè perpendatur, videtur quodammodo amplecti Guffred. in d. l. 1. nu. 7. ff. eod. tit. nostro.

156 Duodecima & vltima sit solutio ad d. argumentum, quod d. definitio non competat codicillis, legatis, & donationibus causa mortis, quia legatum, donatio causa mortis, & alię vltimę voluntates, non sunt voluntatis nostrę sententia, sed sunt voluntatis nostrę quędā operatio, quando enim I. C. in d.

in d.l. definitione dixit, quod testamentum est voluntatis nostræ iusta sentẽtia perinde est, ac si dixisset, nostræ voluntatis pronunciatio seu attestatio, est enim testamentum quoddam testimonium de eo, quod quis post mortem suam fieri vult, legatum verò, vel donatio, est operatio quædam & exequutio nostræ voluntatis; ita in his terminis dixit & tenuit Lodouic. Aluarus in Rubr. de leg. 1. num. 18. & 19. dicens, quod quemadmodum testamentum differt ab hęredis institutione, ita differt à legato & ab alijs vltimis voluntatibus; Nec obstat si dicat aliquis, nonne quando fit Legatum vel donatio, vel codicillus, id ipsum legatum verbis exprimimus? ergo erit voluntatis nostræ iusta sententia. Respond. quod sic, tamen in legato & in alijs, non id principaliter agitur, vt nostræ mentis testimonium relinquatur, sed principaliter exequitur omne id, quod testator in mente conceperat; testamentũ verò est (vt dixi) quoddam testimonium nostræ voluntatis, separatum ab omnibus relictis, & hinc est, quod non dicimus hæreditatem esse relictam iure testamenti, sed iure institutionis, vel iure legati, vnde dicebat ipse Aluarus, quod legatum significat figuram relinquendi, testamentum verò significat testimonium nostræ voluntatis, ergo. Sed animaduertatis, quod hæc solutio non tollit obiectum de codicillo, & de fideicommisso, & donatione causa mortis, sed tantum de legato, quod cum de iure ffórum nõ posset fieri nisi in testamento, bene potest dici, quod exequutio testatoris seu operatio dicatur esse illud legatum, & sic quid diuersum à testamento.

Ex his ergo tribus solutionib. quas quodamodo nostro marte fabricauimus, colligitur d. argumẽtũ in quo adhuc DD. infęliciter laborant non obstare.

157 Secundo principaliter, contra d. definitionẽ opponitur ex mente scribentium, definitio debet conuerti cũ suo definito, l. 1. §. dolũ, ff. de dolo. sed hęc non conuertitur cũ suo definito, ergo non est bona. Minor probatur: quia non conuenit testamento militari, patet: nam si interpretamur illud verbum, (iusta) idest perfecta, tunc non conuertitur, quia militis voluntas non est perfecta, cum miles perfectè testari non possit; potest enim decedere pro parte testatus et pro parte intestatus, l. ius nostrum, ff. de regulis iur. si verò interpretamur, idest solemnis, & hæc militis voluntas non est solemnis, vt infra, de militari testam. ergo cum non conuertatur, non est admittenda.

Respondet Tobias ad hoc argumentum hic, num. 44. fatendo non conuenire d. definitionem testamento militari, tamẽ asserit ipse, ꝙ I.C. in d.l. 1. quando diffiniuit testamentũ, voluit definire paganicum tantũ testamentum, & non militare seu speciale, quod cum habeat propria & singularia iura, necessariò separatim pertractari debet, vt est text. in l. 2. ff. de milit. testamento.

Sed hæc responsio ineptissima quidem est, nam hic definitur etiam testamentum militare, cum hic definiatur testamentũ non in indiuiduo, nec in specie specialissima, sed in specie quę apud Logicos est genus subalternum, comprehendens testamentum militare, in scriptis, nuncupatiuum, & omnia alia testamenta, vt infra videbimus. Ridiculum enim esset in hac definitione non cõpręhendi testamentum militare, vt animaduertunt Doctores hic, & in Rubr. extra eod. tit.

Secundo igitur ego respondeo ad hoc argumentum, ꝙ illud verbum (iusta) i. perfecta, accipitur secundum subiectã materiam, de ea perfectione quæ requiritur, & sufficit in quolibet testamento, siue perfecto perfectione cõmuni, siue perfectione speciali, quod dicitur imperfectum secundũ quid, respectiuè ad solemnitates, & obseruationes, quæ in eo sufficiunt, sed non in testamento communi; & hoc modo includuntur in hac definitione omnia testamenta, siue militare, siue inter liberos, & alia quæ dicuntur imperfecta; & hæc responsio est etiam de mente Neruccij in dicta Rubr. extra eod. num. 14.

Tertio ego respondeo, accipiendo illud verbum (iusta) prout iacet, cum iusta sententia siue iustum testamentum id dicatur, quod continet omnia ea quæ ad illud in esse deducendum requiruntur, vtique, cum testamentum militare secundũ legis dispositionem in conflictu duos tantum testes requirat, vt s. diximus, tale testamentũ dicitur iustum, sicuti dicitur id, in quo requiruntur septem testes, vt explicauimus s. in nostra secunda solutione, quæ est vndecima in ordine ad primum argumentum.

158 Tertio opponitur; Bona definitio debet ponere substantiam rei definitæ, Bar. in l. 1. ff. eod. hęc non ponit, ergo. Probatur minor: quia de substantia testamenti est, vt vel scriptura hæredis nomen explicetur, vel uiua uoce nuncupetur; l. hæredes palam, in princip. ff. eod. l. hac consultissima, C. eod. titu. nutu enim hæredis institutio fieri non potest, vt per Scribentes in d.l. hæredes palàm, at hæc definitio nullam facit mentionem hæredis institutionis, vel scripturæ factæ, vel voce nuncupatæ, ergo.

Respondet Tobias, quod definitio debet ponere substantiam rei diffinitæ, idest essentiam, cum definitio sit ratio quæ quid res sit ostendit: non autem est necesse vt ponantur omnia substantialia rei definitæ, vt probatur ex definitione vsucapionis, l. 3. ff. de vsucap. vbi non fit mentio de titulo & bona fide, cum tamen dicantur de substantia vsucapionis, vt in princ. s. de vsucap.

Quæ quidem responsio licèt in se vera sit, vt alias ego declaraui, tamen huic non potest conuenire, ex quo ab ipso Vlpiano eleganti quidem modo fuerunt posita omnia substantialia testamẽti, quæ Tobias ipse in illa definitione non percipit.

Secundo igitur dicatis, quod est facta mentio institutionis hæredis, voce nuncupandæ vel scribendæ, ex illo verbo (iusta) idest perfecta perfectione communi, vel speciali. Vel accipiendo (iusta) prout supra diximus, in solutione ad præcedens argumentum.

159 Quarto contra definitionem prædictã insurgit Barbat. in d. Rubr. ext. eod. nu. 3. nam verbum seu dictio (post) de propria significatione denotat interuallum, prout est glos. quam ipse solus allegat, in l. cum fundum, ff. de vi, & vi arm. & glos. in l. pacta conuenta, ff. de contrahen. empt. facit l. 2. ff. de custo. reorum, licèt in aliquibus casib. sit speciale,

vt non denotet interuallū; vt in l. quotics, §. si quis, ff. de hæred. inst. & est glos. mirabilis secundum Bald. in l. quod crimine, C. de accusat. at in definitione dixit Vlpianus de eo: quod quis post mortem suam fieri velit: quæ verba post mortem innuunt, quod testator velit ex interuallo suum testamentum exequi, quod est falsum; quia præsumptio est, quod voluerit quam primum suam voluntatem exequi, argumento l. 3. ff. de milit. testam. & cap. si hæredes, extra de testament. & hinc est quod nos dicimus testamentum morte confirmari, cap. cum morte, de celebrat. miss. Paul. Apostolus ex epistola ad Hebræos, incipiente, Christus assistens, in fine, ergo male & impropriè loquutus est Vlpian. debebat. n. dicere de eo quod quis morte eius sequuta fieri velit, ergo mala definitio.

Respondetur, quod illud verbum (post) intelligitur, & statim, & ex interuallo, propter tempus deliberandi indultum à lege hæredi ad adeundum, vt per Barbat. in d. loco, vndè dicebat Geminianus, in cap. 1. de Constit. lib. 6. per glossam in cap. cum Vintoniensis, de electionibus, quod si ego dico, Titius possedit post Semptonium, intelligitur statim, & immediatè; ita hic, illa dictio (post) intelligitur, id est statim, & etiam ex interuallo, respectu temporis ad adeundum assignati à lege, ergo non obstat.

Quinto opponitur contra prædictam definitionē: nam quidā actus viuentiū fieri possunt de eo quod quis post mortem suam fieri vult, vt est stipulatio dandi, vel faciendi aliquid post mortē promissoris, & similiter eadem ratione, & alij contractus, vt Instit. de inutili stipulat. §. post mortem, ergo.

Respondet glos. in dicta l. 1. ff. eod. quod isti tales contractus subaudiendo de eo, scilicet de vniuerso patrimonio, excluduntur in quibus non relinquitur vniuersum patrimonium; sed hæc responsio non est admittenda: quia hac attenta, sequeretur, quod illa esset defectiua.

Secundo igitur respondetur, vt supra ad secundū argumentum, quod contractus prædicti excluduntur per id verbum (iusta) id est perfecta, perfectione cōmuni vel speciali; quæ expositio non conuenit illis contractib. in quibus nō relinquitur vniuersum patrimonium iure institutionis. Item excluduntur accipiendo verbum (iusta) vt supra declarauimus.

Tertio respondeo, quod isti contractus non sunt simpliciter dispositiones de eo quod contrahentes voluerunt post mortem fieri, quia substantia ipsius contractus in esse producitur actu, sed solum differtur executio; at in testamento differtur substantia ipsius: nam testatore viuente testamenti substantia non esset in actu, sed tantum in potentia, nullum enim ius hæredi, vel legatarijs acquiritur nisi mortuo testatore, dicto capitu. cum Marthę, de celebrat. miss. §. cæterum. quam etiam responsionem reperio tenuisse Neruccium in dicta Rubr. extra eod. num. 12.

Nec obstat si dicas, quod potest fieri stipulatio, cuius non solum executio, sed etiam substantia iuris post mortem promissoris protendatur: nam stipulatio concepta post mortem promissoris est conditionalis, vt notatur in l. vnica, C. vt act. ab hęred. & contra hęred. ergo ante mortem nullum ius competit stipulatori, sed sola spes, l. cedere diem, ff. de verb. sign. & infra, de verborum obligat. §. ex conditionali.

Nam respondetur ex mente eiusdem, quod cum spes illa sit certa & irreuocabilis, & ad hæredes trāsmittatur, stipulatori statim acquiritur ius ipsius spei, quod est irreuocabile; sed ex testamento acquiritur spes incerta & reuocabilis, ex qua nullum ius hæredi acquiritur.

160 Sexto oppono, miles potest hæredem instituere in codicillis, l. milites codicilis, in prin. ff. de mil. testam. ergo prædicta definitio prædicatur de aliqua dispositione quæ nō est testamentū, l. si idem, C. de codicill. & tamen in eis miles disponit de vniuerso patrimonio per hæredis institutionem directam, ergo mala. ita argumentatur Aretin. in d. l. 1. in fine, ff. eod.

Respondetur per eundem Aret. ibi, quod secundum ius nostrū essentia & forma substantialis rei consideratur secundū id quod inest ipsi rei regulariter, & vt in pluribus: Casus est cum glos. secundum eum in l. siuus quoque, §. puto, ff. de hered. inst. vnde inquit ipse, falsa est gl. in Rubr. ff. de vsufr. quæ dicit, quod id quod aliquo casu deest rei, non est de essentia rei.

Sed hæc responsio non videtur admittenda, rationibus quas deducit Neruccius in d. Rubr. extra eod. num. 15. & præcipuè, quia nihil aliud est res, quàm ipsius essentia, quæ significatur per nomen, & explicatur per ipsius definitionem, vnde, nihil aliud est testamentum quàm essentia illius, ideo concludendum est, quod vbicunque ponitur essentia testamenti, ponatur testamentum, & è contra, vndè cum codicillis factis à milite competat essentia testamenti, sequitur quod dicatur testamentum, ergo mala definitio.

161 Secundo igitur respondet Neruccius, quod institutio quæ est forma essentialis testamenti, attribuitur codicillo militis, non eodem modo, id est nō vt forma essentialis, sed vt qualitas accidentalis, patet: quia potest abesse & adesse à codicillo militis, hoc autem non est absurdum, & legislator huiusmodi actum institutionis qui est essentialis quantum ad testamentum accidentaliter attribuat codicillo; nam dicit ipse, sicut Deus per modum miraculi potest accidentaliter actus rationales attribuere animali bruto, cui essentialiter non competunt, vt attribuit Numeri cap. 22. aperuitq; Dominus os Asinæ, & loquuta est, quid feci tibi, cur percutis me? Ita legislator in rebus vel dispositionibus positiuis quasi per modum miraculi, potest actum institutionis essentialem testamenti accidentaliter attribuere codicillo militis. Faciunt ea quę tradit Bart. in l. iuris gentium, §. quinimò, ff. de pact. vbi dicit, concedi, quod miraculosè sterilis possit parere, vel virgo. Confirmatur etiam; nam sicuti miraculosè Imperator creauit datiuam actionem absq; patre & matre, vt j. in Rubr. de oblig. diximus, sicuti etiam lex fingit hominē bis mori, l. si quis ita vulneratus, ff. ad l. Aquil. ita potuit lex adaptare institutionem codicillo, vt qualitatem, non vt substantiā, ergo non valet consequētia, in codicillo militis potest hęres institui, ergo talis codicillus est testamen-



testamentum, aut definitio testamenti conuenit tradi codicillo, quia institutio non conuenit codicillo militis eo modo quo testamento, sed vt actus accidentalis, ergo cum diuersa sit qualitas, ex diuersis non fit illatio, l.fin. C.de calumniat.

162 Tertio respondeo, quod est casus specialis & singularis, quos non est necesse vt definitio omnes comprehendat, cum de rarò accidant. Definitio enim sufficit vt definitæ rei substantiam ponat, secundum ea quæ frequentius accidant, argumen. l. nam ad ea, ff. de legib. ita dixit Cagnol. in l. omnis definitio, num. 73. in vltima editione, ff. de reg. iur. & est magis communis opinio.

Septimo principaliter oppono: Quædam sont testamenta non solemnia, vt testamentum militis in prelio existentis, l. milites, C. de testam. mil. & I. in princ. de mil. testa. ibi, neq; aliā testamentorum solemnitatē exigunt, est etiam testamentum inter liberos, ad pias causas, vt in l. hac cōsultissima, §. ex imperfecto, C. de testa. c. relatū, eat. eod. de testam. il. t. in quibus nō verificatur illud verbum (iusta) i. solēnis, ergo mala, cū non predicetur de omnibus.

Respondet Aret. in d. l. 1. quod sufficit, quod solemnitas requiratur in pluribus, sed hæc responsio debilis est, & non tenenda.

Secundo respondet Neruccius, quod in casibus prædictis non deest solemnitas substantialis, videlicet, institutio hæredis.

Tertio respondeo, & melius, vt s. fecimus in 2. arg. nam in eis testamentis est sententia iusta. i. perfecta perfectione communi, vel speciali, vel iusta, quia nihil deficit ad quodlibet testamentum conficiendum; dicas ergo vt ibi, &c.

Octauo & vltimo opp. contra d. definitionē, miles potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus, l. si miles, l. miles ita, ff. de mil. testa. l. ius nostrū, de reg. iur. ergo tale testm̄ non est dispositio de vniuerso patrimonio, sed est sententia de parte.

Respondeo, quod etsi fuerit facta institutio de parte, perinde est, ac si sit facta de vniuerso, cum secundū se sit vniuersalis, l. nihil aliud est hæreditas, ff. de verb. sign. nam illa verba, de eo quod quis post mortem suam, &c. intelliguntur vt significent dispositionem, quæ quamuis non comprehēdat omnia corpora hæreditaria, tamen secundum se est vniuersalis, i. de hæreditate, vel de parte hæreditatis, quæ dicitur vniuersitas, vndè non obstat argumentum militis testantis de parte, quia quāuis talis institutio non comprehēdat res alias in quibus decedit intestatus, nihilominus est dispositio de vniuerso, idest de vniuersitate iuris; & diximus de hoc nonnulla s. & est solidissima responsio, quam sequitur etiam Neruccius, nu. 17. Facit pro ea text. in l. 1. §. si ex fundo, ff. de hæred. instit.

Et ex his firma remaneat Vlpia. definitio, quod testamentū sit voluntatis nostræ iusta sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri velit.

Nonnullæ aliæ referūtur testamēti definitiones, videlicet, Gratiani, Hosti. & aliorum, quas refert Barbat. in d. Rubr. ext. eod. quæ omnes maximas habent in se difficultates, ita, quod optima ratione sint reijciendæ, nec hoc loco relatu dignæ.

Iuxta hanc definitionē antequam vlterius progrediamur, duo sunt explicanda, de quibus DD. dubitant, & longas faciunt orationes in Rubr. de leg. s. nos verò breuiter explicabimus.

163 Primum est de quo dubitatur, nunquid in hac definitione definiatur testamentū in genere, prout vltima voluntas, an verò in specie, vt testatio mentis, an in indiuiduo. Qua in re dico, quod definitur testamentū in specie, sed non intelligatis vos de specie specialissima, quæ idem est quod indiuiduum, nam tunc tanquā indiuiduum non posset definiri, nam indiuidua non definiuntur, vt dicit Bal. in l. 1. C. qui admitti, sed intelligatis de specie secundum Logicos, quæ apud nos est genus subalternum. Definitur ergo testamentum non in genere generalissimo, prout est vltima voluntas, sed in genere inferiori, prout est iusta voluntas, comprehendens sub se omnes species testamentorum, videlicet Calatis Comitijs, Procinctū, per Aes & libram, in scriptis, sine scriptis, militare, ad pias causas, & inter liberos, quæ omnes species continent sub se testamenta in indiuiduo Titij, Mæuij, Caij, & Sempronij; ita tenuerunt Ripa & Socin. Moder. Bonon. in Rubr. de leg. 1. num. 59. Neruccius in d. Rubr. extra eod. titu. nostro, num. 12. & videtur etiam sentire istud Ioan. Annibal in Rubr. ff. de vsucap. nu. 54.

Probatur hæc opinio, quia in tit. de testamentis principaliter tractatur de testamentis secundū specialem significationem, quæ est voluntatis nostræ iusta sententia, non autem secundum generalissimam significationem, prout est vltima voluntas: nam de alijs vltimis voluntatibus tractatur separatim in alijs titulis, videlicet de codicillis, de legatis, & ad Senatuscon. Trebell.

Præterea, si prædicta definitio poneretur de omnibus vltimis voluntatibus, sequeretur, quod quælibet vltima uoluntas esset propriè testamentum: nam definitio explicat substantiam & propriam rationem definiti, sed hoc est falsum secundū glo. & communiter DD. in l. 2. in verbo, personales, C. communia de legat. ergo & antecedens.

Confirmatur & tertio, quia si hic definiretur testamentū largè & impropriè sumptū pro qualibet vltima voluntate, sequeretur, quod hæc non esset definitio testamenti proprij, quia non explicaret substantiam ipsius; Constat enim aliam esse substantiam proprij testamenti aliam improprij, sed hoc non est dicēdum; esset enim ridiculum, Vlpianum in eo titulo, in quo tractat de proprio testamento, definitione ipsius omissa, posuisse definitionem testamenti improprij, & largo modo sumpti.

164 Nec obstat si dicas, quod videtur incōueniens, quod sub vnica diffinitione diffiniatur testamentum in scriptis, nuncupatiuum, & alia genera testamentorum: nam respondeo, hoc non esse inconueniens, cum genus inferius definiatur, vt inquit Bald. in Rubrica, C. qui admitti, sub qua definitione contineantur omnes aliæ species illius generis: patet hoc exemplo vsucapionis, de qua in l. 3. ff. de vsucapionib. sub qua definitur etiam præscriptio. Facit etiam simile capitis diminutionis quæ est triplex, vt supra, de capit. dimin. tamen omnes illæ species sub vnica definitione comprehenduntur. Item videmus hoc esse factum etiam in tutela,

quæ est testamentaria, legitima, datiua, & fiduciaria, & tamen sub vnica definitione continentur, vt supra in prin. de tutela. Eodem modo sit in obligatione, quæ alia est ciuilis, alia prætoria, & tamen definitur vtraque sub vna definitione, §. 1. infra, de oblig. Item hoc factum est in definitione Actionis, quæ est realis & personalis, simul tamen definitur vtraque, vt infra, in prin. de action. & hæc quo ad primum dubium.

165 Secundum est quæsitum. Nunquid testamentum sit intellectuale, an verò corporale. Qua in re breuitati consulentes dicimus testamentum esse quid intellectuale verè & propriè, ita dixit glossa final. in l. 1. ff. eod. cuius opinionem tenuit Bart. ibi, & Paul. Castr. & in l. vnum, ff. eod. titulo num. 1. Bald. in d. l. 1. quam etiam sequuti sunt Barbatia in Rubr. extra de testament. nume. 4. Anania nume. 16. Aretin. in dicta l. 1. in glossa finali Picenard. hic pagina 37. Et eandem sequuti sunt DD. communiter. De communi testatur Aret. & Barbat. in locis supra citatis, quod autem hoc sit verum quod testamentum sit intellectuale, ita quod scriptura non dicatur testamentũ probari posse vs.

Primo ex definitione de qua supra vbi Vlp. ait testamentum est sententia voluntatis nostræ, ergo consistit in intellectu, ergo non est corporale.

Secundo per l. vnum testamentum, ff. de testam. vbi vnum testamentum pluribus Codicibus, i. cartis consignare quis potest, ergo si esset corporeum essent duo testaméta, at ibi dicitur quod est vnum, ergo consistit in intellectu.

Confirmatur tertio ex l. 1. §. si quis in duobus, ff. secundum tabul. §. fin. infra eod. in quibus colligitur quod testamentum potest inscribi pluribus in cartis, sed semper est vnicum testamentum, quia mens testatoris promulgata, vel scripta est testamentum, vnde inquit Bald. in d. l. 1. quod si insinuetur vna ex illis scripturis, sufficit pro omnibus, l. Sempronius, de leg. 2.

Quarto comprobatur per eundem Bald. in d. l. vnum, vbi vult, quod si Notarius de falso rogitu dedit plura falsa exempla testamenti vnica tamen pęna punietur ex quo vnicum est testamentum, ergo datur intelligi quod sit intellectuale.

Quinto facit in simili, text. in l. non figura, ff. de act. & oblig. vbi non figura literarum, sed oratione quàm exprimunt literæ obligamur, & sic literarũ sensus obligat, non autem scriptura, nec literæ, ita hic testamentum dicitur id, quod figura literarum denotat, non autem scriptura.

Sed contra hanc communem conclusioné ego oppono de textu in l. fin. in vers. 1. figura. C. de edicto diui Adr. toll. vbi attenditur figura testamenti, ergo est quid corporale.

Secundo facit text. in l. Paulus, vers. nisi testamentum subreptum, ff. de fals. vbi habetur, Paulus respondit, instrumentorum subreptorum crimen nõ esse publici iudicij nisi testamentum alicuius subreptum arguatur; si ergo testamentum subripi potest, ergo est corporale, quæ enim intellectu consistunt subripi non possunt.

Augetur & tertio ex toto titulo ff. quemadm. testam. aper. ex quo datur intelligi ꝙ sit corporeum, ex quo ipsum testamentum aperitur, intellectuale enim aperiri non potest, cum non videatur nec tangatur, §. 1. supra, de reb. corp. & incorpor.

Quarto & vltimo oppono, testamentum in scriptis ad sui substantiam, requirit scripturam, §. 1. infra eod. vers. sed ex edicto prætoris, ergo testamentũ dũ scribitur, est quid facti, ergo est corporeum, non autem in intellectu consistit.

Sed tamen non est recedendum à cõmuni conclusione, & ad prædicta iura in contrarium allegata respondet Bart. in d. l. 1. nu. 8. quem sequitur Imola & alij DD. post eum, quod procedunt secundũ vulgarem modũ loquendi: nã vulgò nos appellamus testamentum scripturam testaméti, vt sentit etiam hic Picenardus sequens hanc responsionem.

Sed contra hanc responsionem insurgit Barbat. in d. Rubr. num. 4. quod nõ est dicendum, illa iura procedere secundum vulgarem modum loquendi, nam non est verisimile quod I.C. & Imperator voluerit loqui more plebeiorum & vulgarium, l. si dictum, vers. nõ ita vt vulgus opinatur, ff. de euiction. glos. in l. quod si nepotes, ff. de testament. tut. quæ responsio Bart. tamen posset saluari dicendo quod Imperator non loquitur vt loquuntur Plebei, & vulgares homines, sed ibi refert id quod vulgo dicere solitum est.

166 Tamen pro disolutione cõtrariorũ excitatorum mihi admodum placet distinctio Barbat. d. loco, vt dicamus, aut consideramus testamentum in potentia, aut prout est in fieri, aut & tertio, prout est in operari. Primo casu prout est in potentia testamentum est quid intellectuale, quia est de iure gétium. Secundo modo si prout est in fieri, consideremus, & tunc est corporale, ex eo quia facti est & in facto consistit, & ita procedat text. in d. l. fin. & in d. l. Paulus, & similia iura, & alia duo contraria. Tertio si consideramus ipsum prout est in operari, & tunc est quid intellectuale, quia parit obligationem, quæ est iuris, necnon etiam respectu aditionis. Pro hacque distinctione facit simile, de quo per Bart. in l. ex hoc iure, ff. de iust. & iure. vbi inquit Bart. quod contractus emptionis prout est in poténtia, est de iure gentium, & sic iuris, & sic intellectualis; prout verò est in fieri, est quid corporale, cum sit facti, si prout est in operari, est etiam iuris, cum producat iuris obligationem.

167 Vnde ex hac conclusione infert Bart. ad quæst. statuti, dicentis, quod pro quolibet testamento soluatur gabella, si ex vno testamento fierent mille scripturę, vnum est testamentum & vnica gabella est soluenda; Quàm quæst. prosequuntur Doctores communiter in d. l. 1. vbi latè Aretin. & Imola, ad quorum tradita vos remitto, vt ad alia pertranseam, & ex his sit explicata glos. 1. in verbo, testamentum.

Accipio nunc glos. in verbo, sed vt, quę licèt breuis sit, duas tamen continet partes, in prima allegat text. concordantem, in secunda contra ipsam opponit, secunda ibi, arg. contra.

Pro expeditione primæ partis dicitur in text. nostro, sed vt nihil antiquitatis penitus ignoret. Quęro ego ab Accurs. an alibi hoc probetur, s. ius correctũ nõ esse ignorandum, & respondet ꝙ sic, & pro

concor-

cōcordãt adducit textũ in l.vnica, §. cũ in triplici, C. de caduc. tollend. vbi dicitur, cum triplici modo, ea quæ in vltimis elogijs relinquuntur, contingebant deficere, consentaneum est, & tempora, & eorum nomina manifestè exponere, vt quod vel tollitur, vel reformatur non sit incognitum. Imperator ergo ibi refert ius antiquum, & adducit rationem, quia illud quod tollitur vel reformatur non debet esse incognitum, & ita probatur in eo text. quod ius antiquum non est ignorandum.

Sed contra hoc, & sic sum in 2. parte, opponit de d. l. vnica, §. in pro non scriptis, vbi Iustinianus refert se quædam de quibus ibi in noui iuris compositionem specialiter enumerari iussisse, ne quis veteris iuris prolixitatem quasi rebus necessariam reuoluat, ideo contra text. nostrum.

168 Ad hãc difficultatẽ obmutuit Accur. vnde Aret. hic & Fab. respondent, ideo prohibere Imperatorem in eo tex. quod aliquis ius antiquum reuoluat, quia erat prolixum, & onerosum vt innuere videtur textus ille dum ibi dicitur, ne quia veteris iuris prolixitatem reuoluat: vnde à contrario sensu si ius antiquum non est prolixum, nec onerosum, sed breue reuolui debet, & maximè quando per eius scientiam introducimur ad perfectum modum cognoscendi ius nouum, quod facit secundum Fabr. contra illos qui non student, nec vident iura correcta.

Viglio tamen hic non placet hæc resolutio Fabri & Aret. sed existimauit, quod ius antiquum quantumcunque prolixum, & onerosum non sit ignorandum, si aliqua deinde vtilitas ac dilucidior sensus hauriri potest.

Nec obstat dum ibi inquit text. ne quis veteris iuris prolixitatem reuoluat, quia ibi Imperator non se fundat in prolixitate. Vndè, ipse soluit hoc contrarium alia ratione, videlicèt, quod ideo ibi ius antiquum ignorari debet, quia illi casus antiqui, de quibus in d. text. in noui iuris compositione specialiter comprehenduntur, prout expresse dicitur ibi. Probatur ergo à contrario sensu, quod si illi casus in noui iuris compositione non essent comprehensi, quod ius antiquum esset reuoluendum, nec vllo pacto ignorandum, & hanc Viglij responsionem sequitur Tobias hic, nu. 45. & Picenardus pagina 38. & est verissima iudicio meo resolutio.

169 Sed huius glos. occasione inferunt scribentes hic, ad pulcherimam & vtilem quęstionem, nunquid iura correcta, & antiqua possint allegari.

Qua in re hanc ego quæstionem facilioris intelligentiæ causa in duas distribuo inspectiones; Prima est, nunquid liceat allegare legem correctam ad decisionem iuris noui. Secunda, nunquid possit allegari ad decisionem causarum.

Quantum ad primum caput pertinet, statuo ego intrepidè hanc Regulam ad noui iuris decisionem, iura correcta vnicuique allegare licitum esse, quam tenuit glos. in l. 1. in princ. in glos. magna, ff. de coniungend. cum emancip. liber. glos. in cap. nouit, in verbo, quicumque, extra de iudic. quarum opinionem tenuerunt hic Faber, Aret. Port. Tob. num. 45. Picenard. pagina 22. DD. in l. illam, C. de collat. & ante eos fuit opinio Bartol. in l. fin. nu. 5. ff. ad l. Cornel. de fals. idem Bart. in l. 1. nu. 4. ff. de coniungend. cum emancip. liber. Imola in cap. 1. nu. 4. de constitut.

Probatur authoritate Imperatoris hic, dicentis, ius antiquum non esse ignorandum, & nulla alia ratio videtur posse assignari cur ipse ius nouum & antiquum adduxerit, nisi vt clarior testamentorum materia haberetur, & quia alias leges reddit intelligibiles, d. glos. magna, l. 1. ff. de coniungend. cum emancip. liber.

Secundo probatur ex his quæ tradit glos. in d. c. nouit, extra de iudic. facit pro hoc text. & gl. etiam ibi, in capit. legimus, 37. distinct. vbi hoc expressè habetur.

170. Confirmatur & tertio per simile de quo per gl. in cap. Episcopus, 37. distinct. quæ vult, quod etsi ipsis Clericis prohibitum sit audire ius ciuile, hoc tamen nõ procedit, vbi illud audirent quo ad eruditionem Canonum, quod dictum sequitur Abbas in capit. super specula, extra, ne cleric. vel monach. sic in proposito nostro, licèt prohibitum sit leges correctas allegare, hoc tamen non videtur procedere, quando ex illarum legum allegatione deueniremus ad declarationem & intellectum noui iuris.

Quarto et vltimu cõfirmatur hęc regula per tradita p Archidiaconũ, in c. fi. de offic. delegati, lib. 6. & Ioan. Andr. in proęm. Decretal. in fine, qui volunt, quod Decretales correctæ, & decisæ possint allegari pro declaratione aliarum Decretalium, & eo maximè, quando essent correctæ propter prolixitatem, quod tantorum Patrum dictum sequitur Imola, in d. cap. 1. nu. 4. de Constitut.

171 Hæc tamen Conclusio seu Regula debet declarari, vt procedat in legibus correctis & insertis in corpore iuris, aliàs si illæ leges non fuissent in corpore iuris clausæ, non possent allegari; & ita dixit & declarauit Bart. in d. l. fin. ff. ad legẽ Cornel. de fals. ita in his terminis loquitur Imola in d. cap. 1. de constit. quæ declaratio nunquid vera sit, infra latè videbimus in calce huius articuli.

Secundum erat caput in hac quæstione, nunquid leges correctæ possint allegari ad decisionem

172 causarum? qua in re statuo vobis hanc indubitatam Regulam negatiuam, leges antiquas et correctas vllo vnquam tempore non posse allegari ad decisionem causarum. Quam opin. tenent vnanimiter DD. hic, Bart. in d. l. fin. de fals. in l. omnes populi, ff. de iust. & iure, quem alij communiter sequuti sunt, & Imola, in d. cap. 1. de Constitut. quæ Conclusio probatur.

Primo ex l. vnica, §. hũc igitur, C. de Iustin. Cod. confirm. vbi dicit Imperator: sciant homines tam litigatores quam disertissimi Aduocati, nullatenus eis licere de cætero Constitutiones ex veterib. tribus Codicibus, quorum iam mentio facta est, vel ex his quę nouellæ constitutiones ad præsens tempus vocabuntur, incognitum notionalibus recitare certaminibus, sed solum eidem nostro Codici insertis Constitutionibus necesse esse. lex ergo correcta non potest allegari pro causæ decisione.

Confirmatur secundo ex l. vnica, §. his igitur,

C. de

C. de emendat. Iustin. Codic. vbi postquam Imperator suum Codicem compilauit, iussit in his verbis; Et eum nostri numinis authoritate nitentem, in omnibus iudicijs solum quantum ad Diuales constitutiones pertinet, frequentari, ergo pro decisione causæ non potest allegari id quod ante emendationem Instiniani vigebat.

Tertio deducitur text. in l. 1. C. de latin. libert. toll. vbi statuit Imperator, sublatis Latinorum, ac Dedititiorum speciebus, vnica tantum sit libertas, & illis Constitutionibus seu modis Latinorum & Dedititiorum pro nullis haberi voluit, ergo lex correcta non poterit allegari.

173 Comprobatur quarto loco ex l. 2. §. has itaque leges, C. de veteri iure enuclean. vbi dicitur; Has ita que leges adorate, & obseruate omnibus antiquioribus quiescentibus, neque vestrum quispiam audeat compatare eas prioribus, quia omne quod hic positum est, hoc vnicum & solum obseruari sancimus, nec in iudicio nec in aliquo certamine aliqd recitare, vel ostẽdere, conctur, nisi ex nostris cõstitutionib. cõpositis, nisi temerator velit falsitatis crimini subiectus, vna cum Iudice qui ei audientiam accõmodauerit pœnis grauissimis laborare.

Vltimo comprobatur: quia lex correcta, dicitur esse sublata. Socin. in cons. 93. num. 25. lib. 4. dixit Imola in l. si vero, §. de viro, ff. soluto matrim. si ergo nulla est, quomodo poterit allegari, argumento l. pen. ff. si cert. pet.

Quæ conclusio adeo vera est, quod si aliquis legem correctam allegatet ad decisionem causarum

174 incidit in pœnam falsi, d. l. 2. §. has itaque, C. de veteri iure enucl. est text. in d. l. vnica, §. his igitur, C. de Iustin. Cod. confirm. vbi expresse incidit in pœnam falsi, qui legem correctã allegat. Ad idem est text. & ibi iuncta glos. in d. l. fin. ff. ad leg. Cornel. de fals. vbi dicitur; Quod si quis falsis Constitutionibus nullo authore habito vel etiam habito, & reprobato, vt ibi declarat glos. vtitur, lege Cornelia, & aqua & igne interdicitur. hoc dixit etiam Bart. in d. l. fin. ff. de fals. Imola in d. cap. 1. de constit. nu. 4. Picenatd. hic, Tobias, & alij.

175 Hoc tamen dictum quod quis allegans legem correctam, puniatur de falso, intelligitur, si allegaret scienter, & dolosè, cum falsum non dicatur nisi fraude interueniente, §. sed tamen, sup. de vsucap. facit l. nec exemplum, C. de fals. quia voluntas, & propositum distinguunt maleficium, l. qui iniuriæ, ff. de furt. §. quod Reipublicę, ff. de iniur. quam etiam declatationẽ sequitur Picenard. hic pag. 21.

Secundo declaratur procedere, quando ex allegatione correctæ legis alicui præiudicium inferretur, secùs autem, si nemini fieret præiudicium, quia tunc allegans legem correctam ad decisionem causarum, pęna falsi non punitur; non est ergo locus pęnæ falsi, vbi nullum alicui fit prẹiudicium, pronotat glos. Bartol. & DD. in l. damus. C. de fals. idem Bart. in l. 1. §. qui in rationibus, & in l. si quis legatum, ff. eod. tit. de fals. Pro hac declaratione allegatur vulgare dictum Baldi in l. fin. per illum text. ff. quod fals. tutor. quod per mendacium nemini nocens, quis non est puniendus, cum censeatur nugatorium. Dixit Salicet. in Authent. Contra qui propriam, C. de non numer. pecun. dixit Tobias & alij nouissimi post eum, nu 48. hic.

Est ergo Cõclusio siue Regula verissima, quod leges correctæ non possunt allegari ad decisionem causarum, aliàs allegans punitur de falso.

Quæ tamen Regula limitatur per scribentes varijs in locis, quas nos hoc in loco prosequemur, vt veritatem huius Conclusionis percipiatis.

176 Primo itaque limitatur, vt habeat locum, quando lex correcta adducitur in casu correcto, vt si fuerit correcta aliqua lex, quam tamen aliquis allegat in casu postea contingenti, secùs verò quando aliquis allegaret leges correctas ad decisionem illarum causarum præteritarum, nam tunc benè potest allegari lex correcta ad decisionem causæ præteritæ. Declaro rem exemplo; Extat lex municipalis in hac ciuitate Pisarum, sicuti ferè per totam Italiam, quod in hæreditate patris masculus excludat fœminam, quæ lex est correctoria iuris communis, de quo iure iam masculi quàm fœmine vocantur, l. maximum vitium, C. de liber. preter. dubitatur modo, si aliquis decesserit antequam esset factum statutum correctorium, et relinquerit duos vel tres filios, inter quos est fœmina, quæritur inquam, num quid filia debeat excludi ab hęreditate attento statuto postea facto, an verò debeat attendi ius commune: & tunc dicatis, quod debet attendi ius commune, & illud potest allegari quantumcumque fuerit correctum: itaque fœmina non excludetur. Allegatur ergo ius correctum ad causarum præteritarum decisionem, ita dixit Bart. in d. l. fin. ff. de fals. & in d. l. omnes populi, de iust. & iure; Hanc sequitur Bald. in l. vnica, num. 11. C. de Iustin. Cod. confirm. DD. in Auth. Vt cum de appellat. cognosc. Imola in d. cap. 1. num. 4. de Constit. & tandem est communis limitatio, & declaratio; de communi testatur Tobias hic, nu 46. Picenard. pag. 22. tenuit Socin. in Regula 285. Fallent. 7. & ante eum Ant. de Butrio, in cap. 1. extra de Rescript.

177 Probatur in primis ex d. Auth. Vt cum de appellat. cognosc. vbi inquit Imperator; Peruenit ad scientiam nostræ serenitatis, quod cum inter Eustachium virum Romanum Theoloniæ ciuitatis Episcopum, & Diaconum Ecclesiæ fuisset causa commota, & processit Rector prouinciæ ad definitiuam sententiam, contra quam appellatio est porrecta; Iudices igitur apud quos appellatio ventilabatur, dubitantes ad nostram Clementiam retulerunt, an secundum leges, quæ obtinebant tempore latæ sententiæ, an secũdum tenorem illius legis quæ post definitiuam sententiam à nobis promulgata est, eandem causam examinare debent: Nos itaque subdit Imperator, iustum esse prospeximus, secundum leges quæ obtinebant tẽpore latę sententiæ, prædictam appellationis causam examinari, & terminum secundum ipsas accipere prę uidimus, ergo ex eo probatur, licitum esse vnicuique allegare leges correctas ad decisionem causarum præteritarum, quæ erant tempore quo illæ leges corrigebantur.

Probatur & secundo ratione: quia respectu illarum causarum, leges illæ non dicuntur correctæ: quia quando corrigitur lex, dicitur corrigi respectu illa-

illarũ causarũ futurarũ, non aũt preteritarum, vt in
Auth. Hęc constitutio interpretatur priorẽ, in fine:
facit tex. in l. leges, la 2. C. de ll. vbi leges & constitu-
tiones dant formam futuris negocijs. Quod tamen
dictum intelligitur verum, quando lex corrigens
simpliciter loqueretur; secùs autem si diceret & di-
sponeret quod leges etiam antiquæ intelligantur
correctæ: quia tunc nullo modo lex correcta potest
allegari ad decisionem causarum preteritarum, ita
in terminis dixit Imola in d. cap. primo, de const.
num. 4. Bal. in d. l. vnica, num. 2. C. de Iustin. Cod.
confirm. sequitur Tobias hic, nu. 47. & Picenard.
pagina mihi 23.

Secundo principaliter d. Conclusio seu regula
178 communis limitatur, vt procedat, quãdo lex fue-
rit abrogata, idest in totum fuerit sublata, secùs au-
tem esset, si non in totum esset correcta, sed in par-
te: nam eo in casu lex potest allegari ad decisionẽ
causarum pro ea parte quæ non est correcta; Hoc
dictum seu limitatio probatur ex l. derogatur, ff. de
verb. signif. vbi dicitur derogatur legi, cum pars
detrahitur, abrogatur, cum prorsus tollitur; ita li-
mitauit hanc regulam Decius in cap. 1. de constit.
num. 2. Bald. in l. 1. §. fin. vers. item nota, C. de latin.
libert. toll. dixit Picenard. pag. 22. post Tobiam
hic, num. 51.

Tertio limitatur, vt non habeat locum, quando
179 lex antiqua concordaret cum noua: nam tunc
lex correcta poterit pro causæ decisione allegari,
ita limitant DD. supra citati, & tenuit Socin. in d.
Regula 285. Fallen. 7. notant Canon. in cap. fin. de
offic. delegati, lib. 6. est text. in prima Consti. Codi-
cis; Imola in loco supra citato. Sed dicet aliquis,
quomodo potest lex correcta cõuenire cum noua,
Respondeo ex mente Scribentium, quod hoc po-
test esse. Finge, Princeps fecit legem generalẽ, quod
omnes leges anteriores essent correctæ, & abroga-
tæ; postmodum in nouarum legum constitutione
faceret aliquam legem, quæ concordaret cum ali-
qua illarum correctarum.

Sed Decius in loco supra premonito, inquit, hoc
sibi non placere: nam considerandum est, quod ea
lex antiqua, & eius tota vis & substantia est in no-
ua lege, vndè, quando allegatur, videtur allegari
lex noua, non antiqua, vel si allegatur, non vide-
tur quod illa allegatio procedat, cum virtus legis
nouæ non habeat conualidare legem antiquam &
correctam.

Tamen Domini animaduertatis, quod rationes
Decij non sunt concludentes; & Primo dum dicit,
videtur allegari lex noua, respondeo, quod non est
verum, cum expresè allegetur antiqua, & de illa
expresè fiat mẽtio, sic. n. presupponimus; & si dica-
tur, nonne sunt idem, cum vnũ & idem cõtineant,
nam lex est quod scriptura continetur, l. scire leges,
de legib. si ergo continent idem, etiam idẽ sunt. Re-
spondeo, quod non sunt idem, cum vna possit es-
se facta ab altero Principe, & sic correcta, alia
non, vndè, à diuersitate istarum qualitatum in-
trinsecarum, cognoscitur diuersa essentia saltem
numero.

180 Secundo non obstat dum dicebat Decius, quod
lex antiqua non potest allegari, cum virtus nouæ
legis non habeat conualidare legem antiquam: ex
eo quod Princeps non introduxit illam ad hunc fi-
nem. Respondeo, quod virtus nouæ legis non va-
lidat antiquam, sed ostendit quod mens illius, qui
omnes correxit, non fuit corrigere illam, sed fe-
cit illud casu quodam, cum illam inueniret inter
eas, & quod hoc sit verum, apparet, quia lex no-
ua non discrepat ab antiqua vera, est ergo bona
d. limitatio.

Quarto limitatur non procedere d. conclusio in
181 eo qui habet potestatem legis condendæ, is enim
potest allegare legem etiã correctam ad causarum
decisionem, ita dixit Decius in d. cap. 1. de constit.
dixit etiam ibi Imola, nu. 4. Pro qua faciunt ea quæ
habentur in d. cap. nouit, de iudicijs, & in cap. au-
thoritate Martini, de concess. præbend. lib. 6. Se-
quuntur Bartol. & alij, d. limitationem in d. l. fin.
ff. de fals. dixit Socin. in d. Regula 285. in 4. Fallen-
tia. Pro qua deducit in argumẽtum, l. 2. §. pen. C. de
constit. pecun.

Quinto limitatur vt non procedat in ratione le-
182 gis correctæ: nam licèt non possit allegari lex cor-
recta, poterit tamen allegari illius ratio ad causa-
rum decisionem; ita dixit Ias. in addit. ad Port. hic.
DD. communiter in d. cap. 1. de constit. vbi Anto-
nius de Butr. & Innocentius. Sequitur Socin. in di-
cta Regula Fallent. 3 Et ratio est, quia ratio diuer-
sa est ab ipsa lege, cum dicatur eius anima, & si-
cuti corpus regitur ab anima, ita ratio ipsam legem
regit. Cap. fin. extra, de rescript. imò, ratio solet es-
se anima decisionis, l. cum ratio. ff. de bon. damnat.
vnde; licèt lex tollatur; ratio tamen non tollitur,
quia non fit correctio nisi expresè dicatur, l. pen.
vbi Bald. C. per quas pers. nobis acquir. Decius in
d. cap. 1. num. 3. de constit. est ergo diuersa ratio ab
ipsa lege, & ab ea ratio potest separari. Confirma-
tur hoc, quia ratio quandoque est generalior lege,
ergo ratio poterit allegari, licèt eius lex sit correcta
& abrogata.

Sed animaduertatis, quod ista non est verè limi-
tatio, sicuti nec etiam secunda limitatio, supra reci-
tata, & Doctores in hoc hallucinati sunt.

Nam cõclusio nostra est, quod lex correcta non
potest allegari; modò si ratio legis non est corre-
cta, illa non continetur sub Regula, cum ei non ad-
uersetur: nam exceptio debet esse de Regula, l. nam
quod liquidè, ff. de pen. legata, glos. & DD. in §. te-
stes, infra titulo nostro, sed si hæc non potest alle-
gari in parte correcta, licèt possit allegari pro al-
tera parte, hoc non aduersatur Regulæ nostræ, &
ideo non est bona exceptio & limitatio: nam limi-
tationes ad hanc Regulam, quod scilicet lex corre-
cta non possit allegari, debent esse casus in quibus
leges, quæ sunt correctæ, possint tamen allegari,
modo in casu nostro non est correcta, vnde sequi-
tur, quod non tanquam correcta possit allegari, ne-
mo enim negat istud, sed oportet probare, ad hoc,
vt dicatur limitatio, quod sit pars legis correcta, & ta-
men in illa parte allegetur. Volui hæc dixisse, quia
sunt & aliæ quamplurimæ limitationes, quæ (vt
ita dicam) non sunt limitationes.

Sexto & vltimo limitatur, vt procedat, vbi lex
allegetur principaliter ad decisionem causarum,
secùs,

secùs, si in argumentum nam tunc potest allegari, licèt correcta sit.

Sed quoniam hæc limitatio non transit sine difficultate, & res ipsa videtur etiam esse maximi ponderis, cũ in praxi quotidiè de hoc disputetur: ideò et est aliquantulum à nobis insistendum, vt quid iuris hac in re sit intelligamus.

183 Sit igitur quęsitum, nunquid lex correcta possit allegari ad decisionem causarum in argumentum declaro rem exemplo, de quo per DD. in d. l. 1. ff. de coniungend. cum emancip. lib. vbi lex antiqua disponebat, quod si Auus (qui filium emancipauerat retento in potestate nepote) decederet, tunc nepos de iure ciuili, & emancipatus filius de iure Prętorio, ad successionem defuncti ęqualiter admitterentur, d. l. 1. per tot. tit. modo ista lex secundum quosdam correcta est, ex quo sublata est differentia emãcipationis & patriæ potestatis vt in Auth. de hæred. ab intest. venient. §. 1. contingit modo casus, quod ad alicuius successionem puta Titij vnus vno iure vocabatur, alter altero iure, & sic concurrunt, nunquid modò licebit ad decisionem illius causæ sumere argumentum ex d. l. 1. de coniung. cum emanc. liber. & dicitur, quod sic, quia quemadmodum ibi concurrebant simul pater & filius, cum vnus vno iure alter altero iure, & ęqualiter succedebant, ita & in casu prępositο. Et hanc opin. tenuit glos. in d. l. 1. ff. de coniung. cum emanc. lib. Bart. in d. l. fin. ff. de fals. Abbas in cap. nouit; de iudic. Alex. in l. 1. C. qui admitti, eandem sequuti sunt Port. & Bauer. hic Tobias nu. 50. Picenard. in secundo notab. pagina 22. & ante alios tenuit Imola in d. cap. 1. de constit. nu. 4. & iandem communiter hanc sequuntur Interpretes, quam in puncto iuris veriorem credimus. Pro qua

Primo allegatur text. in cap. authoritate, extra de concess. prębend. lib. 6. vbi Summus Pontifex ad decisionem casus illius allegat in argumentum legem correctam, videlicèt, l. 2. §. obijcitur, ff. ad Tertull. vers. si sit agnatus, quæ lex correcta est per l. fin. & in Auth defuncto, C. ad Tertull. ex qua lege correcta sumitur Regula illa si vinco vincentem te, multo magis vincã te, quàm regulam Summus Põtifex adaptat ibi ad decisioné illius casus; ergo lex quantuncumque correcta, potest allegari ad decisionem causarum, quãdo ex ea vellemus sumere argũmentum.

Nec obstat responsio Ozzer. Ad hunc text. sub nu. 15. hic dicentis, quod Summus Pontifex non adducit illam legem correctam, ad decisionem sui casus: nam casus illius capituli deciditur à Summo Pontifice, & postquam fuit decisus ad maiorem corroborationem adducit legem illam antiquam, vnde non obstat.

Replicat Tobias hic, num. 10. negando illam legem non allegari ad decisionem illius casus, cum ratio quæ ponitur in d. cap. authoritate, sit ea in qua innititur lex correcta, quod si vinco vincẽtem te, multo magis vinco te, quæ quidem replicatio iuridica est.

184 Vnde Ozxer. transit ad aliam responsionem dicens quod non est mirum, si ibi potest allegari in argumentum lex correcta; quia est allegata à Summo Pontifice, qui habet authoritatem legis cõdendæ, secùs verò est in priuato, prout quærimus nos.

Replicatur, quod licèt summus Põtifex habeat legis condendę potestatem, priuatus autem non, & ideo non valet argumentum de maiori ad minus affirmatiuè, istud tamen procedit quoties ille qui habet potestatem condendæ legis, allegaret legem correctam non in argumentum ad decisionem alicuius, sed ad decisionem casus correcti, quo casu censetur legi correctæ authoritatem tribuere, quod quidem priuatus facere non potest, vnde non videtur obstare; sicuti etiam animaduertit hic Tobias.

185 Secundo probatur hęc opinio communis ex Ias. hic in addit. ad Port. tali ratione; quia correcta lege, eius ratio in dubio correcta non intelligitur, vt voluit glo. in d. cap. nouit, in verbo, quotiescunque, extra de iudic. & diximus nos supra, vnde licèt casus in lege expressus correctus sit, & sic prohibeatur allegari, non tamen debet prohiberi quod adducatur ratio non correcta.

Nec obstat ratio Ozer. hic, dicentis, quod cum ratio sit anima legis, videtur esse lex ipsa, vt est tex. in cap. fin. extra de rescript. Bald. in l. non dubium, C. de legib. vnde quodammodo videtur impossibile, quod correcta sit lex, & non eius ratio.

Nam replicatur, quod non est impossibile quod sit correcta lex, & non ratio, vt iam supra diximus in quinta limitatione, & apparet ex d. l. 2. §. obijcitur, vers. si sit agnatus, ad Tertul. quę lex corrigitur, & tamen nõ corrigitur eius ratio, quod si vinco vincentem te multo magis vinco te, d. cap. authoritati, de concess. pręben.

186 Contrariam tamen opinionem quod imò pro decisione causarum nõ liceat sumere argumentum à lege correcta, tenuit glos. in l. vnica, §. hunc igitur, C. de Iustin. Cod. confirm. quam opinioné sequuti sunt Gomes. in §. in personã, nu. 17. infra de action. & Ozer. hic, nu. 3. cum sequent. in 2. notab. & glos. in l. 1. C. de latin. libert. tollen.

Primo probatur per d. l. vnicam, §. hunc igitur, vbi expresse dicit Imperator, Sciant omnes, tam litigatores, quàm disertissimi aduocati, nullatenũs eis licere constitutiones ex veteribus antiquatis legibus in cognitionalibus certaminibus recitare. Et sic videtur per illum text. quod nullo pacto lex correcta allegari possit, nec principaliter, nec etiam in argumentum, et idem dicit tex. in l. vnica, §. haritaque, C. de veteri iure enucl.

Ego verò vt audiuistis, qui sequor communem opin. Respondeo, prout respondet ad prędicta iura Tobias hic, num. 49. quod ita ibi disposuit Iustinianus, quia ad omnes lites dirimendas suus sufficiebat Codex, vt ibi ipse expressè fatetur, in d. §. hũc igitur. Vndè à contrario sensu, si aliqualis casus nouis legibus in Codice Iustiniani contentus decidi non possit, non prohibemur d. liteni ex argumentis ab antiquis legibus sumptis decidere.

Secundo ego respõdeo, & ista est melior responsio iudicio meo, quod licèt Imperator in dd. legibus prohibeat allegari antiquas constitutiones ex veteribus antiquis codicibus quæ iã correctæ sunt, non per hoc censetur prohibuisse allegari in argumentum vt possimus ex dictis legibus correctis argumen-

gumentum sumere, sed ibi illas prohibuit allegari ad decisionem causarum principaliter, & ad decisionem casus correcti, vndè bene in argumétum allegari poterunt; Et hæc responsio probari videtur ex d. c. authoritate, supra citato, vbi Summus Pontifex allegat in argumentum ad decisionem suæ causæ legem correctam, videlicèt, l. 2. §. obijcitur, ff. ad Tertull. & tamen lex correcta allegari non potest.

Secundo tamen deducitur pro opin. cótra com
284 munem, quia quemadmodum lex, quoties est du
bia, & habet plures intellectus, non potest allegari ad causarum decisionem, Bart. in l. in ambiguo, ff. de rebus dub. ita est dicendum, quod non licet adducere leges correctas, vel ex eis argumentum sumere.

Respond. prout facit Tobias hic, quia eius veritas ignoratur; quę ratio cessat in casu nostro, quia non ignoratur quid lex antiqua & correcta disposuerit, & qua mota fuerit ratione, hoc enim notissimum est, ergo non obstat.

Tertio argumentatur Gomes. in d. §. in personam, idem est in effectu inducere legem correctam in argumentum & eam principaliter allegare, Abbas in cap. fotus, extra de verb. signif. & facit quod notat Bart. in l. quod Nerua, ff. depositi, sed lex correcta principaliter prohibetur allegari, ergo & in argumentum.

Respondetur, quod non semper est idem, allegare legem in argumentum, & allegare principaliter, & maximè in casu nostro, nam potest esse quod casus in lege expressus correctus sit, adhuc tamen viget eius ratio, vt supra diximus nos, ergo non vrget.

285 Quarto tamen pro eadem opinione contra com
munem facere videtur secundum quosdam Nouissimos, id quod allegatur in argumentum inducitur à simili, sed lex correcta non potest probare id quod principaliter intendit, ergo nec illud quod allegatur in argumentum.

Ego respondeo, negando q lex correcta nó possit probare id quod intendit, vt ex traditis per nos supra, quia imò probat.

286 Quinto facit, ex testamento reuocato non po
test argui voluntas testatoris, Barbat. in cons. 6. lib. 5. ergo arguendo à simili ex lege correcta non poterit sumi argumentum, cum militet eadem ratio: nam si illa fuisset voluntas testatoris, non reuocasset testamentum; similiter, si illa fuisset mens legislatoris, non correxisset, & non abrogasset legem, ergo.

Respondeo, quod licèt fuerit abrogata lex ipsa, non tamen fuit abrogata eius voluntas. s. ratio, quę adhuc viget, ex qua possumus sumere argumentum, sed secùs in testamento reuocato, quia in eo nulla potest considerari voluntas.

Sexto & vltimo, deducitur pro hac opin. Ozer.
287 Gomes. & aliorum, non entis nullæ sunt qualita
tes, sed lex correcta non est lex, ergo non potest in argumentum allegari; quod autem lex correcta non sit lex, probatur hoc pacto: à coniunctis ad diuisa non valet argumentum quoties est in vno oppositorum dictú destruens, l. 1. l. Atilius Regulus, ff. de donat. sed lex correcta dicitur quoddam coniunctum, lex verò noua dicitur quoddá diuisum, ergo non valet, est lex correcta, ergo est lex, cum illa dictio (correcta) destruat essentiam legis, sicuti dictio (mortuus) destruit hominem, vt homo amplius non dicatur, ergo.

Respondeo, quod non in totum destruit, sed suspendit effectum, secùs autem est in homine. Secundò possumus dicere, quod non est verum quod lex correcta dicatur quoddam coniunctum, & lex noua sit quoddam diuisum, nollibi enim hoc probatur. Et ex his remaneat defensa prædicta Conclusio, & per consequens bona est limitatio ad regulam de qua supra, quod licèt ad decisionem causarum non possit allegari lex correcta, non habeat locum quando ex d. l. correcta sumeretur argumentum pro decisione causæ.

Hanc tamen limitationem Bart. declarat in d.
288 l. fin. ff. ad leg. Cornel. de fals. vt procedat, quan
do lex correcta est inserta in corpore iuris, secùs si non fuerit inserta, nam tunc non licebit sumere ex ea argumentum, quam declarationem sequitur Imola, in d. cap. 1. num. 4. de Constitut. Gomes. in d. §. in personam, qui sub num. 17. dicit ita communiter teneri, & eá sequitur Picenard. in pag. 22.

Ego tamen hac in re contrarium sentio, quod etsi lex illa non fuerit corpori iuris inserta, nihilominus poterit ex ea sumi argumentum ad decisionem causarum; quam etiam opin. tenuit Viglius hic, num. 3. & post eum Tobias num. 51. & Ozer. numero 4.

Pro qua opinione mouebatur Viglius, quia nulla ratio diuersitatis assignari potest, quare magis lex correcta quæ est inserta corpori iuris, possit allegari in argumentum, quam lex quæ non sit inserta, leges enim correctæ dicebat Viglius in corpore iuris clausæ manent ea de causa, s. vt Princeps fugiat molestiam nouæ compilationis, alioquin si de integro ius resarciretur, & noua fieret compilatio, & illæ proculdubio leges quæ correctæ sunt resarcirentur: aut verò resecarentur de corpora iuris, penitusque aboleterentur; vndè, cum non possit adduci bona ratio diuersitatis, dicendum est, quod quemadmodum leges correctæ quæ corpori iuris insertæ sunt, ad causarum decisionem adduci possunt, vt ex eis argumentum sumere debeamus, ita etiam leges quę non sunt insertæ in corpore iuris, & illæ etiam allegari poterunt.

289 Secundo probatur; leges quæ sunt correctæ in
corpore iuris expressè sunt correctæ, illæ verò quæ sunt extra corpus iuris tacitè sunt correctæ: hoc stante, argumentor sic; Si de quo minus videtur inesse, & inest, ergo & de magis, l. non debet, ff. de regu. iur. sed per te leges quæ sunt correctæ expressè possunt allegari, de quibus minus videtur dicendum, cum minoris sit virtutis tacitum quàm expressum, vel saltem æqualis potentiæ, l. cum quid, ff. si cer. pet. ergo & illę quæ sunt tacitè sublatæ poterunt similiter allegari ad causarum decisionem.

290 Tertio & vltimo, quoties scriptura non est de
substantia actus alicuius, ille actus valet sine illa: sed scriptura non est de substantia legis, ergo per hoc quod sit scripta, vel non scripta in corpore iuris, non

tis, non debemus nos dicere illam valere, vel non valere. Maior probatur in l. contrahitur, ff. de pignor. vbi dicitur, quod hypotheca contrahitur per pactum, & per hoc quod de ea non fiat scriptura, non possumus dicere illam esse inualidam; & si de ea fiat scriptura quandoque, non tamen fit ad eius validitatem, sed ad approbationem l. humanum, C. de legib. vbi traditur forma quæ requiritur ad validitatem actus, & legis, & tamen in ea non fit mentio de scriptura, ergo siue sit scriptis in corpore iuris, siue non, non refert.

Neque obstat fundamentum Doctorum dicentiũ, quod Imperator in d. l. 1. § falsi, imponit pœnã falsi allegãtib. leges positas extra corpus iuris, quia ego respondeo, quod illud intelligitur in allegantibus ad decisionem causarum, nõ autem ad declarationem noui iuris, vel quando vellemus ad causarum decisionem ex illis sumere argumentum, & sic patet Bart. & communem declarationem ex supra traditis non esse recipiendam.

191 Omissis quibusdam glossellis intermedijs, quæ in textualibus fuerunt explicatæ, capio glos. in verbo, puberibus, quæ propter eius breuitatem non diuiditur, sed eius intentio est declarare quomodò accipiatur pubertas, idest quãdo aliquis dicitur esse pubes, & postea respondendo se refert ad text. in §. 1. supra quib. mod. tutel. fin. vbi text. dicit, quod masculus intelligitur esse pubes post quartumdecimum annum completum, fœminæ autem post duodecimum.

Est ergo conclusio ex ea, Pubertatem in masculo esse post quartumdecimum annum, in fœmina post duodecimum, hæcque Conclusio non patitur difficultatem, cum pro ea sint iura expressa, & vbi est casus legis expressus, nulla est dubitatio, nec contradictionis locus est, l. ancillæ, C. de furt.

Limitatur tamen hæc Conclusio, quando tractaretur de alimentis, nam si impuberi fuerint legata alimenta vsque ad tempus pubertatis, tunc fauore speciali alimentorum extenditur pubertas vsque ad 18. annum in masculis, in fœmina vsque ad 14. ita dixit I. C. in l. mela, §. 1. ff. de alim. & cibar. legat. sequitur Ozer. hic, nu. 65.

Secundo limitatur ex causa pacis conseruandæ: nam tunc, etsi aliquis sit impubes, idest minor 14. annis, & contrahat matrimonium, valet & tenet: quia eo in casu iudicatur pubes, ita dixit Ioan. Andr. in tractatu de sponsal. parte 2. num. 3. & in tractatu de consanguin. & affin. §. fin. nu. 26.

Plura circa materiam pubertatis essent dicenda quæ vobis non essent iniucunda, tamen; quoniam hæc non est materia nostra, & alias diximus in Commentarijs octo abhinc annis, ad §. pupillus, de inutil. stipul. ideo non insisto.

192 Capio itaque glos. in verbo, vno contextu, quæ per nos diuiditur in duas in partes: in Prima declarat textum; in secunda illum limitat, secunda ibi, nisi.

Pro expeditione primæ partis quæro, quid sibi vellint hæc verba (uno contextu) Respondet Accurs. quod debemus exponere, idest nullo actu extraneo interueniente, ad hoc probandum adducit l. hæredes palam, ff. eod. in §. fin. vbi dicitur ad verbum, non posse actum extraneum in testamento admisceri.

Sunt in secunda parte, pro cuius expeditione quæro à glos. si aliquis actus interponatur, an videtur indistinctè testamentum? Respond. ipsa, quod si sit actus necessarius naturæ, vel testamento, vt est deponere superfluum pondus, calefactio cenæ, & similia, talis actus non viciat testamentum, pro hoc allegat textum in l. cum antiquitas, qui text. est optimus, C. de testa. vbi si quid euenerit necessarium testatori, vel testibus, potest expediri, & testamentum non viciatur.

Sed aduerte quam ad adnotata per Aret. hic, de nouo ciatam, contra ipsam oppono vnà cum Ozer. hic, de l. continuus, in princip. iuncta l. quæ extrinsecus, ff. de verb. signif. dicitur in d. l. continuus, quod continuus debet esse actus ipsius stipulationis, & sic debet confici vno contextu, sicut testamentum, & tamen in d. l. quæ extrinsecus, dicit, quod si aliquid interponatur huic actui stipulationis, quod nõ est interpositio, & sic nõ viciatur stipulatio, igitur nec testamentum debet viciari, & tamen contrarium asserit glossa.

Soluit Ozer. distinguendo; Aut ex actu extrinsecus interposito potest colligi contrahentis, vel testantis mens, quæ sit alienata à contractu, vel testamento, & dicit quod tunc contractus vel testamentum est nullum, ex quo non fuit vno contextu celebratus, & ita procedat text. in §. fin. & text. in l. continuus, & glos. nostra; Aut verò ille actus interpositus non erat talis, quod ex eo posset præsumi abdicata mens à contractu vel à testamento, quia fortè fit actus momentaneus, & tunc ille actus non viciat, sed pro non facto habetur, & firmus remanet contractus, & testamentum, & ita procedat l. quæ extrinsecus, & hæc conditio theorica est valde bona resolutio.

193 Iuxta hãc glos. quærit hic Aret. num. 1. quod si aliquis testis vel necessitate naturæ coactus, vel propter morbum, vel propter aliquam causam necessariam superuenientem sibi, recedat, & antequam alius testis in eius locum subrogetur, possit in testamento aliquid fieri coram alijs testibus?

Et in hac quæstione glos. in l. cum antiquitas, in vers. in medio, C. eod. tit. nostro, tenet partem affirmatiuam, quod antequam alius testis subrogetur, possit in testamento aliquid fieri coram alijs testibus, quam glos. sequitur Salicet. ibi, quem etiam refert Aret. hic, & maximè vbi salus perfectionis exigit celeritatem. hæcque opinio fundatur tantum in nuda authoritate glos. & posset etiam probari ratione, quia necessitas naturæ non videtur esse legibus supposita, l. vnica, ff. de offic. Consul. & non solum, ff. de excusat. tut. l. aliquando, ff. de offic. Proconsul. dixit Pauinus in tractatu de visitat. in quæst. 4. par. 1. nu. 2. Zasius in tract. de feud. parte 7. nu. 38. ergo eo absente videtur quod aliquid possit fieri in testamento.

Contrariam tamen opinionem negatiuam tenuit Richardus Cremonensis, quam refert Salicet. in d. l. cum antiquitas, & Aret. hic, quod imò in testamento aliquid fieri non possit donec alius testis in locum testis recedentis fuerit subrogatus, cuius

opin,

opin. ſequutus eſt Tobias hic, nu. 55. Picenard. pagina 43. pro qua deducitur text. in d.l. cum antiquitas, verſ. ſin autem, ubi dicitur, quod ſi longiori interuallo abſuturi ſunt teſtes, ſi maximè periculum immineat, alij ſubrogari debent, qui teſtatorem & alios teſtes interrogent, nunquid ea quæ geſta ſunt coram his, qui adſunt geſta ſint, & ſic apparet opus eſſe quod ea, quæ in teſtamento geſta ſunt, vel ſint geſta coram teſtibus ſubrogatis, vel coram his qui ad ſunt, aliàs non valeret etiam ſi immineat periculum teſtatori, ergo nihil coram alijs teſtib. in teſtamento fieri poteſt, donec alius teſtis ſubrogetur.

194 Secundo moueor, ſubrogatus ſapit naturam eius in cuius locum ſubrogatur, l. ſi cum, §. qui iniuriarum, ff. ſi quis caution. ſed teſtis recedens debebat habere notitiam eorũ quę in teſtamento fiunt, ergo antequam fuerit alius ſubrogatus, aliquid in teſtamento fieri non poteſt coram alijs.

Aret. tamen hic d. loco ſentiens fortaſſe has difficultates, fœdere diſtinctionis prædictas opiniones diſcordantes reconciliare conatur, inquit enim ipſe, aduertendum eſſe, aut enim imminet neceſſitas & periculum teſtantis & ſic teſtator valdè periclitatur, & tunc propter maximum mortis periculum, aliquid fieri poteſt in teſtamento, quod probat Aret. ex d.l. cum antiquitas, vbi dicitur, quod ſi longiori ſpacio abfuturi ſunt teſtes, maximè ſi ſalus teſtatoris periclitãtis immineat, ſubrogari debent alij teſtes in eorum locum qui recedunt, qui teſtes ſubrogati debent interrogare teſtatorem & alios teſtes exiſtentes, ſi quæ præſentiam eorum antecedunt, omnia coram his præceſſiſſent, &c. Et ſic ibi probari videtur, per illum tex, quod quando imminet periculum vitę teſtatoris, tunc interim donec alius teſtis ſubrogetur, aliquid in teſtamẽto coram alijs teſtibus fieri poſſit & ita procedat opinio gloſ. in d.l. cum antiquitas, & Saliceti.

Aut verò non imminet periculum vitæ teſtatoris, & tunc nihil interim fieri poteſt, donec alius teſtis ſubrogetur, quàm diſtinctionem ante Aret. tradiderunt Fulgoſ. & Florianus in d.l. cum antiquitas, & ita procedat opinio Richardi.

Nec obſtant in contrarium adducta, in quibus videbatur concludi, quod etiam ſi immineret periculum vitæ teſtatoris, nihil in teſtamento fieri poſſet; atque ſuaderi videbatur ex d.l. cum antiquitas, nã reſpondetur, prout inquit Tobias quod in d.l. teſtes ſubrogati debeant interrogare teſtatorem, & alios teſtes, nunquid ea quæ geſta ſunt in teſtamento geſta ſint coram his qui adſunt, & per conſequẽs opus eſſe pro eis quæ geſta ſunt, ſiue ſint geſta coram teſtibus ſubrogatis, ſiue coram his qui adſunt, adeò, quod detur intelligi, quod nihil apponi poſſit in teſtamento vno deficiente, hoc enim non vult ille text. ſed vult, quod teſtes ſubrogati interrogent teſtatorem & alios teſtes, nunquid ea quæ in teſtamento geſta ſunt, ante eorum præſentiam antequam inquam ipſi accederent, coram his proceſſiſſent, id eſt fuerint geſta coram prædictis teſtibus qui ſunt præſentes, & non receſſerunt, & ſic contrarium probat ille text, & iſte videtur verus intellectus ad illam legem.

Non obſtat etiam dum dicebatur, quod ſubrogatus ſapit naturam eius in cuius locum ſubrogatur, ſed ille in cuius locum teſtis ſubrogatus eſt, debebat habere notitiam de omnibus geſtis in teſtamento, ita etiam ſubrogatus notitiam habere debebat, ergo donec ipſe teſtis ſubrogatus accedat, aliquid coram alijs teſtibus fieri non poteſt: nam reſpondeo, quod non ſequitur, ſubrogatus debet habere notitiã omniũ geſtorum in teſtamẽto, ergo donec ille veniat, aliquid fieri non, põt quia verum eſt, quod ſubrogatus debet habere huiuſmodi notitiam, ſicuti ille in cuius locum ſubrogatus eſt, ſed hanc notitiã habere poteſt licet non fuerit pręſens, nam debet interrogare teſtatorem, & teſtes, nunquid omnia quæ ante ſui præſentiam geſta ſunt, fuerint geſta in eorum pręſentia & quod non receſſerũt, prout in d.l. antiquitas, habetur: ſtat ergo firma diſtinctio Aret. Fulgoſ. & Floriani, contra Tob. & Picenard. qui hoc in loco ſunt hallucinati.

Sed contra hanc Aret. diſt. inuehuntur quidam Nouiſſimi, quorum commentaria manu ſcripta circunferuntur, dicentes, ꝙ Aretin. videtur in duobus peccare. Primo in quantũ ipſe diſtinguit: nam ipſi arbitrantur quod indiſtinctè ſiue ſuſpicaretur de morte teſtatoris, ſiue non, quod ante ſubrogationem teſtis quicquid fieret benè fieret; & mouentur ad hoc dicendũ per text. in l. hac conſultiſſima in princ. C. de teſtam. vbi dicitur, quod non eſt neceſſe quod teſtes ſciant diſpoſita in teſtamento, imò poteſt eis offerre teſtamentum clauſum, vel ligatum, uel alio modo inuolutum ſubſcribẽdum & ſubſignandum: & ſatis eſt quod omnes vno eodemque tempore ſe ſubſcribant, & ſignent; Ecce ergo quod ibi probatur quod quando fit teſtamentum, non eſt neceſſe quod fiat coram teſtibus, ergo ſi totum teſtamentum poteſt fieri abſque teſtibus, ergo & aliquod etiam capitulum fieri poterit, non ſolum in abſentia vnius, ſed etiam omnium, argumento l. quę de tota, ff. de rei vend. quia tunc teſtes ſimul exiguntur, cum teſtamentum ſignatur & ſubſcribendum eſt. Vnde ex his ſequitur theoriam Aret. non eſſe bonam.

Quatenus verò dicit Aret. quod ſubrogatus debet interrogare teſtes, nunquid actum ſit vſque ad illã horã in eorũ præſentia; nã hoc non eſt neceſſarium ꝙ teſtes ſciant tenorẽ teſtamẽti, ita voluit gl. in d.l. cum antiquitas, in verb. ſuſcitari, in fine.

Sed his Nouiſſimorum ſubtilitatibus minimè obſtantib. reſpondeo ſaluando Aret. & dico, quod ipſe Aret, non fuit tam ſupinus, quod ignoraret teſtatorem poſſe ſcribere ſua manu teſtamentum, ad hoc, ſi velit vt nullus ex teſtibus ſciat quid diſpoſitum ſit in teſtamento, & ſolummodo daret illud teſtibus ſignandum & ſubſcribendum: nam nulli dubium eſt, de hoc d.l. hac conſultiſſima, in princ. Clarum eſt enim quod teſtator poteſt condere teſtamentum, vt nullus ex teſtibus ſciat in eo contenta, tanto magis poterit etiam fieri vno abſente, ſed in hoc non verſatur quęſtio Aretini.

195 Sed quærit Aret. an teſte aliquo decedẽte, poſſit aliquid fieri in teſtamento, dũ teſtm̃ ſignatur, & in hoc eſt dubium: nam dum ſignatur teſtamentum, omnes debent adeſſe, & ideo ſi eo tempore quo

signatur superueniat necessarium impedimentum naturæ, adeò, quod recedat, tunc est alius subrogandus, sed ponamus modo, quod subrogatus non veniat citò, nunquid alij poterunt signare, tunc dicit Aretin, aut imminet periculum, & tunc possunt, aut non imminet, & tunc aliquid fieri non potest, sed est expectandus subrogatus, & hoc intellexit Ange. & ante eum Fulgos. & Florian. & non quod testator in testamento in scriptis non possit vno recedente disponere vlterius in testamento, & quod hoc sit vetitum demonstrat text. in dicta l. hac consultissima, per eum allegata in §. sed licèt. vbi dicitur, quod licèt alio tempore sit scriptum testamẽtum, sufficit tamẽ uno, eodemque tẽpore nullo actu extraneo interueniente à testibus signari; & hæc sunt verba formalia illius. Ecce ergo, quod illa uerba nullo actu extraneo interueniente referuntur ad signationes; similiter, intelliguntur alia uerba, vno eodemque tempore; ex quo patet, quando Aretin. dicit procedi posse vlterius, intellexit, quo ad signationes, quæ licèt vno contextu, eodemque tempore fieri debeant, tamen si aliquis testium recedat, necessitate naturæ ductus, poterunt alij testes signare testamentum ante aduentum subrogati, maximè, si testatoris sit salus, & periclitetur, & non opus erit iterum signare coram eo, sed sufficit illos interrogare an reliquæ sigillationes sint coram illis confectæ iuxta formam traditam in d. l. cum antiquitas.

Secunda elicitur conclusio per Scribentes, ex eisdemmet verbis, nullo actu extraneo interue-

196 niente. An contractus in testamento fieri possint, & an per interpositionem contractus testamentum inualidetur.

Quæ quidem quæstio illustris quidem & famosa est, & ad eam explicandam vnanimiter DD. accedunt, vndè, & nos vnà cum illis ad hoc saxum peruoluendũ hodierno die descendimus; in hac igitur quęst. vt tanti ponderis peragenda, noscere vos oportet, duas extitisse opiniones discrepantes, vna fuit affirmatiua, existimantium contractus fieri posse in testamento; altera verò negatiua.

Videamus ergo, nunquid affirmatiua verior sit, quod s. contractus possint fieri in testamento, & hanc opin. tenuit glo. fin. in l. hæredes palam, §. fin. ff. de testam. quã sequitur Bart. ibi, nu. 1. Bal. nu. 2. Cyn. in l. cum antiquitas, nu. 3. C. de testa. vbi Salic. Bald. & Paul. Castrens. num. 3. Anch. & Imola in Rubr. extra, de testam. nu. 10. Eandem sequuti sunt Alber. ĩ. de don. in Rubr. Dyn. de reg. iur. in 6, in cap. quod semel. Didacus in Rubr. de testam. in 3. par. num. 17. Rom. in l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de uerb. oblig. in prin. Ripa in l. 2. ff. de lega. 1. nu. 16. Hanc tenuerunt Anto. de But. in consi. 22. in prin. hanc esse cõmunem dixit Dec. in consi. 196. nu. 1. par. 1. Roma. in cons. 171. num. 6. in fi. de communi testatur Paris. illũ sequens in cons. 2. num. 19. par. 3. & idem in cons. 46. num. 36. par. 4. eandem tenuit & de communi testatur Nicolaus Boer. in decis. 353. num. 4. hanc sequuti sunt Iulius Clar. Alexandr. qui dicit hanc communem in tractatu de testam. quæst. 75. Ioan. Dilect. in tractatu de arte testandi, cautela 3. nu. 2. Christoph. de Castilion. in cons. 58. num. 72. vol. 5. consi. vltimarum voluntat. de communi testantur hic Tob. num. 56. Picenard. in pagina 41. licèt eam non sequatur, Hanc sequuntur Moder. Bononiens. in Rubr. de verb. oblig. nu. 413. & in l. nemo potest, nu. 96. ff. de leg. 1. & ante eos tenuit Lapus in alleg. 91. num. 5. de communi testator Natta in Auth. hoc inter liberos, num. 76. C. de testam. de communi testatur Gulielm. Benedic. in cap. Raynutius, par. 1. in verbo, testamentum secundum, nume. 5. de testamen Vnde ex dinumeratione authorum hęc non solum est communis, sed magis communis opinio. Videamus ergo quibus nitatur fundamentis hæc opinio, quod contractus fieri possint in testamento, & testamentum non vicietur.

197 Primo itaq; loco adducitur cõmunis tex. quem etiam allegat gl. in d. l. hæredes palam, ff. eod. videlicèt, l. assignare, ff. de assign. liber. vbi dicitur, q. libertorum assignatio potest fieri in testamento. Ad idẽ est text. in l. impuberem, §. qui liberto, vbi Bart. ff. de fals. sed assignatio libertorum, neq; legatum, neque fideicommissum est, sed potius actus inter viuos, d. l. assignare, ergo actus inter viuos, & per consequens contractus, interponi potest.

Ego autẽ qui opin. negatiuam vnà cum doctissimis viris attentare sum ausus, singulis argumentis singulas accõmodabo responsiones, & quantum pertinet ad hoc primum argumentum. Respõdeo ex Viglio, in §. sed cum paulatim, ĩ. eo. nu. 5. quod assignatio est de eo quod quis post mortem fieri vult, & sic est vltima voluntas, non autem actus qui fit inter viuos. Vel & secundò dicatis, quod assignatio etsi non sit merè actus, qui celebratur inter uiuos, tamen participat de natura vltimæ uoluntatis, vt est text. in l. 1. §. assignare, ff. de assign. liber. non autem loquimur de contractu merè inter viuos; ita respondent Docto. in d. l. cum antiquitas, C. de testam. quemadmodum est exemplum in donatione causa mortis, quæ participat de vtraq; natura, contractus s. & donationis causa mortis, vnde isti actus tanquam non impertinentes ad testamentum, in eo fieri possunt, secus est in mero contractu inter uiuos, de quo quærimus, quam responsionem sequuti sunt Tobias, & Picenardus hic.

198 Secundo tamen deducitur pro communi, tex. in l. non est mirum, ff. de pig. act. vbi dicitur, q. pignus in testã constitui potest, sed pignus est contractus, §. fin. ĩ. quib. mod. re contr. obli. cũ alijs concordijs, ergo & contractus in testamento poterit explicari.

Respondent DD. q. pignus in testamẽto constituitur per modũ contractus, quia s. testator det pignus actualiter creditori in testamento, sed solum declarat voluntatem suam quemadmodum vult talem fundum pro tali re obligatum esse, iuxta tex. in l. Lucius, ff. de aliment. & cibar. legat. & hæc responsio solidissima est, & eam sequuntur omnes qui partem negatiuam defendere conantur.

199 Tertio pro cõi solet allegari tex. in l. eandẽ, ff. de duob. reis, vbi duo rei dicuntur in testã constitui, & tamen constitutio reorũ fieri consueuit in cõtractibus, & præsertim in stipulatione, toto tit. de duob. reis. ergo & cõtractus fieri possunt in testamento.

Respond. quod illa constitutio reorum duorum fieri

fieri in testamẽto, sed non per modnm contractns, sed per modum vltimæ voluntatis, testator enim pluribus hæredibus institutis, dixerat: Titius & Mçuius Sempronio decem dato, vt in d.l.eandem, in princ. ex quibus verbis moriens declarat, per illam duorum reorum constitutionem quid fieri vellet post mortem suam, ergo nihil vrget text. ille,

200 Confirmatur: quia aliud est testari, aliud contrahere, l. verba contraxerunt, ff. de verb. signif. vndè, licèt duo rei debendi constituantur in testamento, tamen testator non contrahit, sed testatur,

Quarto comprobatur eadem opinio cõmunis; ex l. testamentum, C. eod. tit. nostro, vbi dicitur, quod superflua non nocent, nec viciant testamentum, ergo & si fuerit appositus contractus in eo, non per hoc viciabitur testamentum,

Respondent scribentes in d. l. cum antiquitas, quam responsionem sequitur Tobias hic, quod superflua non viciant testamentum, quando ad testamentũ pertinent, & ita intelligitur ille tex. vt etiam ex eo expressè colligitur: nos autem loqnimur de contractu inter viuos, qui nullo pacto pertinet ad testamẽtũ, sed est actus à testamẽto diuersus, ergo.

201 Quinto suaderi posse videtur: donatio causa mortis, & contractus çquiparantur, sed ipsa in testamento potest fieri, ergo & contractus, cum id quod dicitur de vno ex æquiparatis, dicitur etiam de alio, l. damnato, C. de hæret. & Manich. Maior probatur per cõem DD. opinionẽ in l. 2. de leg. 1. Minor patet ex l. ẽt, ff. de inoffi. testa. cum cõsocijs.

Respondeo, ꝙ donatio causa mortis, & contractus çquiparantur, quando ipsa non accipit naturam fideicommissi, & quando illius naturam capit, tunc accedit magis vltimę voluntati, quã contractui, ita Bart. in l. 1. ff. de donat. Dec. in d. cons. 196. nu. 5. par. 1. quos deinde sequutus est Vigli. in d. §. sed cũ paulatim, nu. 5. at qñ donatio causa mortis fit in testamento, tunc fideicõmissi naturã accipit, vt declarant DD, in prçalleg. locis, & probatnr in l. miles ad sororem, de leg. 2. vbi dicitur, ꝙ miles scripserat sorori, nolo te scire me tibi donasse centum; dicit ibi I.C. ꝙ debetnr fideicõmissum sorori, Ecce ergo ꝙ donatio tunc accipit naturam fideicommissi, qñ fit in vltima voluntate, vt ibi: nam ipse iusserat illam epistolam post mortem aperiri.

202 Sexto ad eandem opin. comprobandam tali medio vti licet: datur aliquis actus qui est simul contractus, & vltima voluntas, ergo contractus, & vltima voluntas se cõpatiuntur. Maior probatnr ex l. Pantonius, §. fin. ff. de acq. hæred. vbi talis erat casus; Hçreditas fuit alicui relicta, puta Mæuio, qui aliter non adiuit d. hæreditatem, sed fecit testamentum, & in eo disposuit de illa, dicit ibi I.C. quod ex eo testamento intelligitur adiuisse hçreditatem, & sic illnd testamentum est quasi contractus, de quo sicuti de contractu iudicatur respectu præsentis stipnlationis, cum etiam quasi contractus sit aliud à testamento; & ita argumentabatur Natta in Auth. Hoc inter liberos, nu. 76. C. de testament.

Respondeo, quod quãuis detur actus qui sit vltima voluntas, nõ tamen est testamentũ: nã si stipulor omnia bona alicuius post mortem, ista est vltima voluntas per accident, tamen est contractus, sed testamentnm & contractus nullam habent cognationem, & se non compatiuntur, ergo, secundo Respondeo, quod text, in d.l. Pantonius, non probat intentionem Nattæ, s. quod detur actus qui sit vltima voluntas, & contractus: nam ibi per rogationem quam fecit, ille qui nondum dixerat se adiuisse hæreditatem de seruo materno liberando, qui erat in illa hæreditate, non inducitur aditio, sed declaratur quod ille voluit esse hæres: nam potest esse quod habuerit animum prius adeundi, et postmodnm per illam rogationem declaretur, & subito quod habuit animum adeundi, est adita hçreditas, cum ipsa solo animo adeatur, §. fin. infra, de hçred. qual. & differ, cum consocijs.

203 Septimo ad eãdem opin. commun. probãdam mouentur nonnulli. Actus extraneus non viciat stipnlationẽ, quę est solẽnissimus actus, l. quę extrinsecus, ff. de verb. oblig. vbi dicitur, quæ extrinsecus & nihil ad prçsentem pertinent stipulationem, superuacua habebuntur, nec viciabunt stipulationem, ergo arguendo à simili, nec etiam viciabit testamentum, imò per argumentum à maioritate rationis, cũ in contractib. fiat stricta interpretatio, in testamentis verò lata, l. in testament. ff. de reg. iur.

Respond. quod actus extraneus nõ viciat stipulationem, nisi habeat ministerium iuris; ita declarat glos. in l. duos reos, §. fin. ff. de duobus reis, sed contractus habent ministerium iuris, ergo.

204 Octauo facit, Stipulatio facta in testamẽto non rumpit testamentum, sed ambo sunt ualida, sed stipulatio est contractus, toto tit. de verbor. oblig. ergo cõtractus possunt fieri in testamẽto. Maior probatur in l. ex sententia, ff. de testam. tutel. vbi talis est casus; Aliquis scripsit in testamento Titij se tutorem esse filiorum Titij, modo quærebatur, cum iste talis esset, qui excusari poterat, an admittatur eius excusatio? dicit ibi I.C. quod non: quia uidetur prohibuisse, ecce ergo quod stipulatio potest fieri in testamento, & tamen valet.

Respondetnr negando, stipulationem fieri posse in testamento; Nec obstat d. l. ex sententia, quia ille q̃ scripsit se esse tutorem in testamento, nõ per hoc facit stipulationẽ: patet, quia non posset stipulari suspectus, nisi sit subscriptio testãtis: sed id fecit sua voluntate, patet ergo illum tex. nihil facere.

205 Nono pro eadem opin. communi deducitur ex Cumano, in d.l. hæredes palam, §. fin. ff. de testam: medium impertinens non debet viciare testamentum, qnando testator non discessit à proposito testandi, argumento text. in l. 1. §. qui præsens, ff. de verb. oblig. vbi modicum interuallum non viciat stipulationem quoties promittens non discessit ab animo promittendi, ergo,

Respond. quod cũ testator deuenerit ad actum extraneum & incompatibilem cum testamento qnemadmodum est contractus, ut infra dicemus, dicitur testatorẽ non habuisse eundem animnm testandi, sed ab eo recessisse, & medium impertinens impedit extremorum coniunctionẽ, sicuti per contrarium coniungit, d.l. duos reos, de duob. reis.

206 Decimo & ultimo argumẽtatur Natta pro hac opin. cõi, ꝙ cõtractus fiãt in testamentũ, & id ualidũ, in Auth. Hoc inter liberos, nu. 76. C. de testam.

 vrgenti

vrgenti ratione, secundum illum. Aliquis moriens potest contrahere, l. Seia, §. fin. ff. de don. cau. mor. ergo multo magis idem poterit, vbi non adest propinqua mors, sed gerit actum de morte cogitans, & vt aliquando moriturus.

Respondeo, ꝙ ibi in d. l. fin. §. Seia erat simplex donatio inter viuos, & sic simplex contractus, qđ fateor, quod etiam moriens inter viuos possit donare: non autem fecit testamentũ, vndè, non valet consequentia, potest moriens contrahere, ergo poterit in testamento celebrare contractus, quia testamentum huic dispositioni inter viuos repugnat, vt statim dicemus, sed benè poterit simpliciter contrahere, si contractus non apponatur in testamento.

Videtis ergo, quod ex traditis per Scribẽtes hæc opinio communis & magis communis nulla lege, nullave nititur ratione ualida.

207 Contrariam meritò opin. tenuerunt illustres ac peritissimi viri, ꝙ imò contractus in testamẽto fieri minimè possint, & si fiant, testamentũ uicietur. Hanc inquam tenuit Paul. Cast. in l. hęredes palã, §. fin. nu. 7. & Bald. ibi, sub nu. 4. idem Bald. in l. fi. ff. de reb. eo. Eandẽ sequuti sunt ibi Aret. in fi. Imola nu. 12. Alex. in l. cũ antiquitas, nu. 4. C. de testa. Rimin. ibi, nu. 6. & ante alios hanc opin. tenuerũt Odofr. & Alberic. in d. l. hęredes palam, §. fi. quam deinde sequuti sunt hic Platea, nu. 5. Viglius in §. sed cum paulatim, num. 5. Tobias nu. 57. & Picenardus in pag. 41. quorum omnium sententiam vt in puncto iuris veriorẽ, libentissimè amplector: & cum ipsa suos habeat fautores, adsunt etiam pro ea validissima argumenta.

208 Primo igitur, ꝙ contractus fieri non possint in testamento, aliàs testamentum vicietur, deducitur ex traditionibus tenentium hanc partem, testamẽtum quod vnico contextu factum non est, sed in eo interuenit actus extraneus, nullum est, l. hæredes palam, §. fin. ff. eod. l. cum antiquitas, C. eod. sed contractus respectu testamẽti dicitur esse actus extraneus, l. verba contraxerunt, ff. de verb. signif. ergo testamentum in quo contractus aliquis inscriptus est, nullum dicetur.

Huic argum. tenentes opin. affirmatiuã respondebant, ꝙ tunc actus extraneus viciat testamẽtum, quandu momentaneus non est, si uerò sit momentaneus, illud non viciat, vt in simili de stipulatione quæ & ipsa debet explicari vnico contractu, & licèt in ea interueniat actus extraneus, qui tamen sit momentaneus, stipulationem nõ uiciat, vt est tex. in l. quæ extrinsecus, ff. de verb. oblig. sed cõtractus videtur esse actus momentaneus, cum vnico contextu explicari possit, ergo ex interpositione contractus non debet viciari testamentum.

Ego autem replico ex mente Imolæ & Alex. in d. l. cum antiquitas, C. eod. & cæterorum, ꝙ licèt actus momentaneus stipulationem nõ viciet, hoc tamen in testamento non procedit, per tex. in l. hac consultissima, §. in omnib. C. de testam. vbi tex. vtitur vniuersali oratione negatiua, dicens, testamentum fieri nullo actu extraneo interueniente, ergo siue sit actus momentaneus, siue non, non potest in testamento explicari, aliàs si in actu momentaneo uerificaretur, tunc esset falsa regula, de qua in l. si is qui ducenta, §. verũ, ff. de reb. dub. vbi oratio negatiua si in vno est falsa, in totum redditur falsa.

209 Confirmatur ponderando dictam negatiuam, quæ cum sit vniuersalis, omnia etiam minima cõprehendit, & nullam recipit restrictionem, vt tradit Crauet. consi. 294. num. 6. Cephal. consi. 210. num. 2. par. 1. qui enim omne excludit, nihil includere uidetur, l. Iulianus, ff. ad exhibend. Nec obstat simile de stipulatione, quia illa verborũ prolatio, *Arma, virumque cano*, ideo stipulationem non uiciat, quia nullum habent iuris effectum; si verò actus momentaneus haberet iuris effectum, secùs esset, l. duos reos, §. fin. & ibi glos. in verbo, contractus, ff. de duob. reis, sed contractus licèt sit actus momentaneus, habet iuris effectum, vt supra aliàs diximus, ergo reddit testamentum inutile, ergo adhuc primum argumentum subsistit.

210 Secundo adducitur pro parte negatiua, contra cõem, quia quemadmodũ actus extraneus in contractibus interpositus illos viciat, l. continuus, ff. de verb. oblig. ita etiam debet uiciare testamentum, ex quo ualidum est argumentũ de contractib. ad ultimas uoluntates, & è contra, toto tit. Ĩ. de lege Fal. Canin. toll. Alex. in l. si insulam, col. 5. ff. de verbo. oblig. vbi Ias. num. 16. testamentum enim dicitur actus extraneus ad contractum, sicuti contractus ad testamentum, dicta l. uerba contraxerunt.

211 Tertio argumẽtatur Vigl. hic, nu. 5. Contractus & testm̃ habent diuersam naturã, imò contrariã, vt per Tob. hic, nu. 57. quod probatur: quia testamentũ potest reuocari quandocũq; ad libitum testatoris, l. 4. ff. de adim. leg. contractus uerò est irreuocabilis, l. consilio, ff. de cur. fur. §. 2. Ĩ. de don. l. sicut, ff. de act. & obl. ergo cõtractus in testamẽto fieri non possunt, aliàs illud uiciabitur, cũ sit actus testo contrarius, arg. l. si duos reos, §. fi. ff. de duo. reis.

212 Quarto, ad eandẽ opin. contra cõem confirmandam, ego moueor, considerando ꝙ lex noluit vt immisceatur alius actus in testamento, nulla alia de causa, nisi ut magis appareat de deliberata mente testatoris, vt sentire uidetur hanc rationẽ Alex. in d. l. cum antiquitas, nu. 4. C. eod. at per contractus interpositionẽ non ita de mente deliberata testatoris apparet, cum seipsum in contrario negocio inuoluat, mentemq; dirigat, ergo attenta prędicta ratione mentis deliberatæ, dicendum est, quod non valeat testamentum, si cõtractus in eo apponatur.

213 Confirmatur: quia lex nititur omnibus modis prouidere quod in testo habeatur simplex, pura, & sincera testatoris mens, & falsitas excludatur, l. fin. C. de fideicom. at si apponatur contractus in testo, non percipitur simplex, pura, & sincera testatoris mens, quæ erat de rebus suis disponere post mortẽ; imò prima facie testator uidetur uacillare, si quãdo est in actu testandi, dixerit, vendo fundum Sempronio, & similia, vt animaduertit etiã Imola ad hoc, in d. l. hæredes palam, §. fin. nu. 23. ff. eod. ergo omninò repellendi sunt contractus ab actu testandi, cum nihil commune habeant inter se, arg. l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acquir. poss.

214 Sexto augetur hæc opin. negatiua, ꝙ contractus fieri non possint in testo, nam cõis est opinio, quod stipulatio apposita in contractu, sequitur naturam

contractus, super quo apponitur, de qua per DD. in Rubr. ff. de verb. obligat. & hoc videtur conueniens, cum contentum sit in continente, vti quoddam accessorium. DD. in Rubr. de leg. 1. videmus enim admixtum plerumque naturam assumere illius cui principaliter admiscetur, Rom. in cõs. 171. nu. 7. at si nos diceremus, quod cõtractus fieri posset in testamento, tunc contractus ille vti contentum in continenti, deberet regulari secundum illius naturam, & per consequens efficeretur reuocabilis; at DD. tenentes opinionem communem, volunt eum esse irreuocabilem, Bart. in l. cum quis decedens, §. codicillis, de leg. 3. Bald. in l. si à vis, in princip. C. de iure delibet. Roman. in consi. 171. num. 7. plura cumulans. ergo dicendum est, quod in testamento fieri non possint.

215 Nec obstat id quod dicunt DD. de donatione facta in testamento, quod sit irreuocabilis, vt per eundem Rom. in d. cons. suo 171. nu. 6. 7. & 8 & per alios, quia respondeo vt supra fecimus in responsione ad quintum argument.

Septimo moueor pro eadem opin. negatiua contra communem; Si contractus posset fieri in testamento, & testamentum valeret, & contractus esset irreuocabilis, tunc sequeretur, quod impediretur libera facultas testandi, quę tm̃ est amica legi, l. 1. C. de sacrosc. eccl. l. verbis legis, ff. de verb. signific. §. dispo nat, in Auth. de nup. Consequẽtia patet: quia ille qui in testõ venderet prædia sua, vel partẽ hereditatis, nulli dubium est, quod ei alligantur manus ad testamentum in futurũ conficiendum, ergo. Nec obstat si dixeris, lex permittit vnicuiq; vendere rẽ suam, ergo non aufert sibi facultatẽ testandi, nisi in quantũ ipse vult. Respondeo, quod potest vendere, sed non in actu testandi, de hoc enim disputamus, & si venderet in testamento, dico, quod dabitur ei testanti occasio non reuocandi testamenti, quod non esset, si non vendidisset, & si rectè hãc considerationem intueamur, viget opinio communem contra comm. opin. commun.

216 Octauo & vltimo, ego moueor; quotiescunque duo actus ita adinuicẽ sibiipsis repugnant, vt ullo vnquam tpe non possint simul conuenire, tunc impossibile est, quod vnũ contineatur in altero, sicuti nec aqua in igne cõtinetur: at testm̃ & contractus sunt actus cõtrarij, quia vnus est reuocabilis, alius irreuocabilis vnus recipit latã interpretationem, alter strictã, vnus respicit vnam tm̃ tem, alter plures respicere potest, ergo dicẽdum est, quod nullo modo valeat testamentũ si in eo apponatur cõtractus.

Concludo ergo, veriorem esse opin. negatiuam, contra communem, quod cõtractus fieri non possint in testamento, aliàs testamentum viciabitur.

217 Quam conclus. limitant DD. vt procedat, quãdo actus, i. contractus in testamento absolutè explicat, secùs verò, si implicitè, ut puta, si testator leget partem fundi Sempronio præsenti, & partẽ ei consentienti vendat constituto precio, tunc fatentur DD. quod contractus fieri possunt in testamento, & valet testamentum, & contractus etiam; ita dixit Bald. Imola, & Paul. Castr. in d. l. hæredes palam, §. fin. ff. eod. Roman. in l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verb. oblig. Alex. Riminald. & Ias. in l. cum antiquitas, C. eod.

Sed contra hanc limitationẽ ego insurgo, quod etsi contractus implicitè explicetur in eo, tamen non valeat: quam opin. tenuit Vigl. in d. §. sed cum paulatim, nu. 5. & post eũ Tobias hic, nu. 57. & Picenard. hic, pag. 42. nullibi .n. probatur hęc limitatio in iure, nec etiam ratione, vnde, quod lex non dicit, nec nos dicere debemus, erubescimusque cum sine lege loquimur, l. illam meritò, ff. de collat. & contra hanc limitationem obstant omnia argumenta deducta pro opin. nostra, quę generaliter cõcludunt, nullo modo & nullo casu, & sic indistinctè, posse fieri contractus in testamento.

218 Secũdo limitatur, et hęc est vera limitatio, quando contractus pertinet ad testamentum, vel sapit naturã vltimę volũtatis, prout vno omniũ ore concludunt DD. dando exemplum in donatione causa mortis, quę sapit naturam vltimę voluntatis, vt supra diximus; ita firmant Interpretes in ll. præallegatis, in d. l. hæredes palã, §. fi. ff. eod. & in d. l. cum antiquitas, C. eod. videatis de hac limitatione Consilium Roman. in terminis hanc disputantem, in consi. 71. num. 5. 6. & 7. Iulius Clarus Alexand. in d. quæst. 75. de testament.

219 Offert sese nobis hodierno die explicanda glos. in verbo, testium, quam in duas diuido partes, in Prima declarat text. in secunda dicit illum correctum esse, secunda ibi, sed hodie,

Pro primę partis absolutione dicitur in textu, quod testes & eorum præsentia vno contextu testamenti celebrandi causa à iure Prætorio descendit, subscriptiones autem testatoris & testium &c. videtur ergo velle tex. quod testator & testes debent subscribere nomen hæredis, & ideo glos. declarat text. dicens subscriptiones testatoris & testium si non potest testator scribere,

In secunda parte dixit Accurs. istud correctum esse, quod licèt testator sciat scribere, hodie tamen indistinctè per alium scribere potest nomen hæredis, allegat tex. in Auth. Vt sponsi. largit. §. quia, vbi dicitur, quia uerò ante hanc legem protulimus, ut testator aut manu propria, aut per testes nomina heredum scribant in testamentis, agnouimus autem ex huiusmodi subtilitate plurima testamenta destructa testatoribus non volentib. custodite huiusmodi subtilitatẽ, aut forsan uolentibus scire aliquib. suã uolũtatem iubemus licentiã quidem esse volentibus hoc seruare in proprijs testamentis, si enim hoc non obseruant, sed secundum priscam consuetudinem testantur, & firmum esse testamentum sancimus, siue pro se aliquis, siue per alterius manum nomen hæredis subscripserit, si omninò reliquam legitimam obseruationem in testamẽto testator seruauerit; Id ergo quod in tex. nostro disponitur, quod testator scribat nomen hæredis si potest, si aũt non potest, ipse coram testib. nuncupet, qui postea nomen istud hæredis à testatore nuncupatum scribant; est hodie correctum; quia testator indistinctè siue possit siue non, siue sciat, siue non, nomen hæredis per alium scribere potest, ut ibi dicitur in d. §. quia uerò.

220 Sed antequã ulterius progrediamur, animaduertendum est, quòd licèt Accurs. uerum dicat quod testator si potest debet scribere nomen hæredis,

facundum tempora text.nostri, & si non potest per aliū scribere, tamen ipse nō rectè intelligit textum, in illis verbis, subscriptionis autem testatoris & testium ex sacratum obseruationibus adhibeantur; Imperator enim per ista non vult ibi dicere, quod testator si potest scribere, scribat nomen hæredis, vel testes pro eo, si non potest; sed istud vult Imperator in fine text. nostri, dum dicit, sed his omnibus à nostra constitutione propter testamentorum sinceritatem, vt nulla fraus adhibeatur additum est, vt per manus testatoris vel testium nomen hæredis exprimatur, & sic videtis hoc fuisse introductum ab ipso Iustiniano in textu nostro; subscriptiones autem testatoris & testium, ex sacrarum Constitutionibus introductæ fuerunt, quæ etiam Iurisconsultorum tempore vim obtinebant, argumento l. pen. ff. de testam, prout etiam animaduertit hic Viglius & Balduin. vnde dico, quod glos. ista cum glos. præcedenti fuerunt male positæ, debebant enim poni in fine text. huius, super verbum testatoris, vel testium. Accurs. ergo hoc in loco interpretando illa verba, tanquam nouus Homerus dormitauit; Quicquid tamen sit, colligitur ex hac glos. Posse hodie testatorem indistinctè siue per se, siue per alium, nomen hæredis scribere, quæ Conclusio verissima est, & non habet in se difficultatē.

221 Occasione huius glos. quærit Aret. hic, nunquid si Notarius nomen hæredis scribat, & postea coram septem testibus, ad hoc adhibitis interroget testatorem, nunquid illud sit suum testamentum, & vtrū velit disponere, & ipse notarius legat illud, & testator respōdeat quod sic, vel volo, an valeret?

Quæ quidem quæstio habet in se maximam vtilitatem, & quoniam stat in sensu æquiuoco cum duplex sit testamentum solēne & nuncupatiuum, ideo ego distinguo eam in capita.

Primum erit pertinens ad testamentum solemne, & in scriptis; alterum nuncupatiuum respiciet testamentum,

222 Quantum ergo ad primum pertinet, nosce oportet, hanc Conclusionem procedere, quando testator antea declarauit suam voluntatem notario, & illa cōfecta interroget notarius testatorem, an hoc sit suum testamentum, & responedeat quod sic, vel volo, an valeat; hac inspectione Bart. in l. hæredes palam, in princ, nu. 9. ff. eod. & ante eum Cynus noster in l. iubemus, num. 3. C. eod. tenuerunt quòd valeat. Quam opin. tenuit etiam glos. in d. l. iubemus, in verbo, quemadmodum, C. de test. vbi Alex. num. 9. Imola in cap. cum tibi, num. 3. extra de testam. & vt nominibus parcam est communis opin. quam sequitur Roman. in l. 1. §. si quis interroget, ff. de verb. oblig. & Franc. de Aret. ibi, & Vigli. hic, & Tob. num. 61. idem Aret. in l. hæredes palam, in prin. vers. vltimo quæsiuit hic Bart. Quæ Conclusio

223 Primo probatur ex mente scribentium in dictis legibus, nam verbum (volo) ad interrogationem alterius inducit dispositionem, vt not. glos. in l. iumentis, ff. de contr. empt. Et eò maximè, quando verbum prædictum est in actu, qui dependet à voluntate vnius, Item, quando solemnitate adhibita profertur; sed in quæst. nostra verbum (volo) prolatum fuit ad alterius interrogationem, & in actu qui dependet à voluntate vnius tantum. Item, est prolatū seruatis omnib. alijs solemnitatib. quę in testamento requiruntur, ergo inducere dispositionem & per cōsequēns testamentum valere debet.

Secundo facit, quia ex quo manifestè apparet de voluntate testatoris ita disponere uolentis, & sunt seruatæ cęteræ solemnitates quæ in testamen-

223 tis requiruntur, non est postea curandum an hoc fecerit testator ad interrogationem alterius, nimia enim subtilitas in testamento reijcitur, ad hoc, ut testantium iudicia non depereant; & hoc expressè asserit Imperator, in l. si quis hæredem, in fine, & ibi not. Decius, C. de inst. & substit. maximè, quia testamentum est fauorabile, & in eo fit lata interpretatio, l. in testamentis, de reg. iur.

Tertio & ultimo probatur: quia in hoc testandi genere nulla necessario hęredis nuncupatio à testatore exigitur, sed sufficit quod uel manu testatoris, uel cuiuslibet alterius, testatoris tamen uoluntate, scribatur testamentum, text. est in l. hac consultissima, in princ. C. de testam. imò possunt prorsus ignorare testes quid in ipso testamento contineatur, l. iubemus, C. eod. ergo sufficit quod à tabellione testamentum fuerit scriptum, & sic erit seruata forma testamenti in scriptis, ut per glos. & in d. l. iubemus.

224 Quæ conclusio adeò uera est, ut etiam amplietur procedere non solum si testator à notario fuerit interrogatus, sed etiam à quocūque alio; ita uoluit Bart. in l. 1. §. si quis ita interroget, de uerb. obl. per tex. in l. Pamphilo, §. propositū, de leg. 3. & in l. hac consultissima, §. ante cum humana, C. qui te stam. facere poss. dicit idem Bart. in d. l. hæredes palam, in princ. nu. 9. & glos. in d. l. iubemus, dicit, quod hoc communiter seruatur.

Secundo ampliatur, ut procedat non solum in testamento in scriptis, sed etiam in nuncupatiuo testamento, ita firmāt DD. communiter, in d. l. iubemus, C. de testam. & in locis supra præmonitis, & ī. uidebimus. Et hæc quo ad primā inspectionē.

225 Quantum ad secundum Caput huiusce quæstionis, nunquid idem iuris sit in testamēto nuncupatiuo? Ego distinguo duos casus; Primus est, quādo testator uocauit Notarium, & ei uoluntatem suā declarauit, deinde Notarius scripsit testamentum, & post illius scripturam, coram septem testibus interrogauit Notarius ipsum testatorē, an suū fuerit ultimū testamentum, & ipse respondit quod sic, aut ita volo; & in hoc casu unanimiter DD. & in scholis & in iudicando tenent, quod testamentum ualeat; quam opin. tenuit Bald. & ante eum Iacob. de Arena, & Nicol. de Mattarell. in l. iubemus, nu. 4. C. eod. tit. nostro, ubi etiam Ias. in fine. Aret. Viglius & Tobias hic, nu. 61. Hanc sequuti sunt Bellon. in consil. 64. nume. 14. Bertrandus in cons. 194. nu. 3. lib. 6. Socin. iunior cons. 183. nu. 31. lib. 2. Eādem tenuerunt cōmuniter Zasius, cons. 3. nu. 37. lib. 1. Corneus in cons. 252. nu. 4. uolum. 1. idem Corn. cons. 319. num. 1. uol. 1. Ruin. cons. 8. nu. 9. in fine, uol. 3. ita ante alios uoluit Albert. Papiens. quem refert Ioan. Andr. in addit. ad Specul. in tit. de testam. §. in primis, & deinde omnes alij.

Hanc

Hanc sequitur Crauetta cons. 117. nu. 1. eandem opinio. magis communem & indubitatam tenuit Iul. Clar. in tract. de testam. in quæst. 37. in versic. tertio scias quod illa glossa.

226 Quæ opinio fundatur in hoc, quia teste Corneo in d. cons. 232. lex non habet pro expedito, quod si quis citra aliam præparationem dicit, ego facio te hæredem, vel similia verba, quod dicatur testãs, immo tale testamentum damnat: ideo multo fortius, non valebit testamentum quãdo infirmus interrogatur à Notario, vis talem facere hæredem? & respondeat, volo. Ratio est, quia non est clarum quod testator proferat illa verba animo disponendi de rebus suis, sed timore ne relinquatur à suis, & careat opportunis seruitijs, & vt euitetur ab eo omnis molestia; quæ omnia cessant, quotiescunque testator de per se & ante explicat Notario voluntatem suam, quia tunc sumus in casu claro, quod testator qui fuit interrogatus an vellet facere Titium hæredem, & respondit quod sic, vel volo, habebat animum & voluntatem ita disponendi. Et ita vt supra dixi, omnes cõiter tenent, ratione prædicta.

227 Secundus est casus, quando testator in testamẽto nuncupatiuo ante non declarauit voluntatẽ suam Notario secundum solitum morem tabellionum, vel alio dict ante testamentum scribit adhibitis septem testibus, deinde legit tale testamentum ipsi testatori, quo lecto, Notarius eum interrogat, an velit hæredem instituere Sempronium, & ipse respondeat, volo, vel sic; & isto casu maxima est difficultas, & maximus fit inter DD. conflictus, cum reperiantur in iure duæ opiniones repugnantes; & Prima fuit opinio negatiua, dicentium tale testamentum nullo modo valere,

Quam opinio. tenuit originariè Albert. Papiens. quẽ referunt omnes fere Interpretes; cuius sententiam deinde sequuti sunt Pileus antiquissimus Doctor Cremonens. & Iacob. de Arena, quos referunt Albericus in l. iubemus, C. eod. & Aret. in l. hęredes palam, in princ. ff. eod. quam postea deinde opin. amplexi fuere Bald. & Ias. in d. l. iubemus, num. .., Crotus in l. 1. §. si quis ita, num. 5. ff. de verb. oblig. Vigli. hic, nume. 9. Tobias num. 63. Ex consulentibus hanc eandem sequuti sunt Roma. consi. 306. num. 6. & 7. Corn. consil. 319. nume. 1. vol. 1. & in consi. 232. num. 4. eod. vol. Bellon. cons. 73. no. 15. Crauetta cons. 117. num. 1. Socin. senior cons. 229. num. 2. Socin. iun. cons. 183. num. 26. 31. & 32. vol. 3. Ruin. cons. 8. num. 9. lib. 2. Paul. Castr. cons. 155. num. .., lib. 1. Ripa lib. 3. Responsorum, in responso 11. Eandem opin. tenuerunt Anton. de Butr. & alij Canonistæ, in cap. cum tibi, extra eod. de testamen. & pro hac opinione multa maximi ponderis deducuntur, &

228 Primò, quoties testator ad interrogationem Notarij vel alterius respondeat quod sic, vel volo, clarum est, ꝙ ipse non scribit vel nuncupat nomen hęredis; at iura volunt, quod ad hoc vt valeat testamentum, nomen hæredis aut nuncupetur, aut scribatur, l. hæredes palam, ff. eod. l. iubemus, vers. oportet; & in vers. tantum, ergo tale testamentum non valet.

Ego autem qui opin. affirmatiuam sum tenturus, singulis argumentis respondeo; & quantum ad hoc primum pertinet, dico, quod nomen hæredis est voce testatoris nuncupatum, cum in responsione censeantur omnia repetita, quæ in interrogatione dicta fuere, §. præterea, infra, de inutil. stipul. & relatũ etiam sit in referente, l. ait Prætor, §. si index, ff. de re iudi. l. si ita scripsero, ff. de cond. & demonstrat. dixit Decius respondendo ad hoc argumentum in cons. 489. num. 9. & relatio facta intelligitur cum omnibus qualitatibus suis, vt not. Bart. in l. 1. §. fin. ff. famil. ercisc. l. 1. ff. de receptar. Bald. in cons. 338. lib. 2. vbi dicit, quod relatum est in referente, saltem implicitè, & qui explicat, nihil noui facit, l. adeo, §. cum quis, ff. de acquir. rer. domin. est ergo facta expressio hæredis à testatore, cũ eam fecerit per relationem Notarij eum interrogantis.

Replicant nonnulli nouissimi ad hanc rñs. quod nos sumus in casu in quo necesse est vt expressio hæredis fiat pro forma, vnde, non sat est quod interueniat affirmatio, vel nuda responsio. Nec obstant supra deducta: quia sibi locum vendicant, quando aliquid non esset inductum pro forma, & tunc in responsione censentur omnia esse repetita.

Sed ego ad d. replicationem iterum respondeo, quod valet illa affirmatio testatoris, & satis dicitur expressum nomen hæredis, ex quo relatum est in referente, aliàs sequeretur, ꝙ in in stipulatione, vbi verba pro forma requirũtur, si quis diceret, promittis mihi decem, & respondeat, quod sic, quod non valeret, sed deberet dicere, promitto illa decem, sed consequens est falsum, dicto §. præterea, infra, de inutil. stipulat. ergo satis expresse testator nomen hæredis expressit, ex quod dixit, quod sic volo.

229 Secundo respondeatis ad argumentum, quod non est verum quod sit inductum pro forma, sed sufficit ipsam voluntatem indubitabili signo demonstrare, l. quoties, §. si quis, ff. de hæred. instit. at hic indubitabili signo demonstratur, ergo. quod autem non sit inductum pro forma, est text. in Auth. obseruatio, C. de test.

Sed animaduertatis, quod hæc responsio non est bona: quia glos. ibi hoc dictum reprobat; Item, d. Auth. procedit, quando testator ante declarasset Notario voluntatem suam, id quod non præsupponitur hic, sed contrarium; Dicatis igitur, quod exprimitur nomen hæredis, cum relatum sit in referente, & omnia dicta in interrogatione, censentur repetita in responsione.

230 Tertio respondeo, dato, quod hoc fuerit inductũ pro forma, quod non est verum, per l. nemo, in princ. ff. de hære. instit. tamen dico, quod quotiescunque exprimitur ipsum nomen signo indubitabili, quod dicitur illam esse secundum formam legis, text. est in princ. infra, de exhæred. liberor. vbi exhæredatio debet fieri nominatim, tamen sufficit, si per nomen appellatiuum facta fuerit, quando non verificatur nisi in vno, l. 3. ff. de lib. & posth. sic in casu nostro, ex quo signo manifesto & indubitabili facta est, videtur omninò cessare argum. Castrensis & aliorum.

231 Secundo tamen pro opin. negatiua adducitur; Ea quæ sunt de forma, debent in specie adimpleri, non autem per æquipollens, l. qui per salutem, ff. de

ff. de iureiur. l. 1. §. si quis ita, ff. de verb. oblig. at illa responsio testatoris, dicētis sic, vel volo, nil aliud est quā nuncupare hæredē per æquipollens, & fictè, & cum interpositione censeantur omnia repetita, ergo non sufficit, sed debet fieri expressa nominatio.

Respondetur, quod imò in casu proposito non fictè, & per æquipollens nuncupat hæredem, sed in specie: quia dum interrogatur, an velit illud esse suum testamentum, & an velit sibi eum hæredem esse, & ipse respondet quod sic, vel volo, vtiq; ipse dicitur nuncupare nomen hæredis.

Vlteriùs, dato, quod per æquipollens, & fictè expresserit nomen hæredis, istud tamen sufficit, ad huc, vt testamentum non infringatur.

232 Replicari tamen posset ad istud, si est à lege inductum, vt testator voce sua exprimat nomen hæredis, vt in dictis legibus, forma autem in specie & non per æquipollens sit implēda, vt not. DD. communiter, in l. 1. ff. de vulg. et pupill. ergo cum in isto casu non in specie, sed fictè & per æquipollens testator nuncupet nomen hæredis, non videtur tale testamentum valere.

233 Respondeo, quod licèt Regula sit, quod forma debeat impleri non per æquipollens, sed in specie, illa tamen non procedit in testamentis fauore vltimæ voluntatis, & ne voluntas pericliretur, vt dixit Decius in l. si quis hæredem, per illum text. ff. de instit. & substit. nimia enim subtilitas in testamentis reijcitur, ne testantium iudicia defraudentur, vt inquit ille text. & eo maximè, quia in rei veritate eo in casu dicitur nomen hæredis nuncupari, vt supra dictum est.

234 Tertio quando actus debet fieri manu propria, non sufficit si fiat per alium, vel per personam delegatam, l. per hanc, vbi Bar. C. de erogat. milit. annonæ, lib. 12. est text. in l. artifices, ff. de solut. DD. in l. 1. ff. de offic. eius, est text. in l. cum patronus, ff. de leg. 2. vbi qualitas adhærens vni, non transfertur in alterum, at hic testator debet nuncupare hæredem, ergo quamuis fiat per alium, non sufficit.

Respondetur vt supra, quod hoc nō est factum per alium, sed per ipsum testatorem, quia in responsione expressit nomē hęredis, sicuti in interrogatione expressum fuerat, d. §. præterea, facit ad hoc doctrina Ias. in l. si procurator, ff. de verb. oblig. vbi dicitur, quod iudex debet, & tenetur legere suam sententiam, l. 2. C. de sentent. ex breui. recit. tamen si Iudicis Notarius legat sententiam, valebit & tenebit. Confirmatur: quia natura relationis, est natura veritatis patentis ex coniunctione duarum scripturarum, vel vocum, Decius in d. cons. 489. num. 18. vndè, cum nomen hæredis sit expressum per relationem Notarij, ergo verè est expressum.

235 Quarto pro eadem opin. negatiua argumentatur tali modo; Dispositio carens voluntate testatoris, non est admittēda, sed ista dispositio testatoris non testantis voluntate fulcita est, ergo. Maior probatur: quia substantia testamenti consistit in voluntate testantis, l. 1. ff. eod. titulo de testam. sicuti dicitur etiam de alijs dispositionibus, l. 1. §. conuentionis, ff. de pact. l. obligationum substantia, ff. de act. & oblig. l. in conditionibus, ff. de cond. & demonstr. tradidit Socin. iun. consil. 183. num. 25. par. 2. Minor probatur ex l. 1. §. qui quæstionem, ff. de quęst. vbi dicitur, qui quæstionem habiturus est, non debet specialiter interrogare, an Lucius Titius homicidium fecerit, sed generaliter quis illud commiserit, alterum enim magis suggerentis quàm requirentis videtur; Sic in proposito, illa interrogatio videtur potius suggestio quædam.

Respondeo, quod non est verum quod fiat per suggestionem dolosam, cum sit facta à Notario voluntate testatoris, qui quidem Notarius persona digna reputatur,

236 Quinto adducitur: non debet dari occasio fabricandi dolum in testamento, sed si talis institutio valeret, daretur talis occasio fabricandi dolum, ergo non valebit testamentum. Maior probatur in l. Iulianus, vbi ad verbum, C. eod.

Respond. quod non est verum quod talis occasio daretur, cum in hac quæst. præsupponatur per DD. quod testator possit articulatè loqui, & intelligat, quod debeat instituere personas quæ erant successuræ ab intestato, vt per Bauerium hic, argumentum sibi vendicat locum in eo, qui non posset articulatè loqui, & qui esset grauatus propter infirmitatem, ita, vt fari minimè posset, vt in l. iubemus, C. eod. dixit Decius in præallegato cons. 489. num. 9.

237 Sexto tamen ad eandem opin. confirmandam, quod tale testamentum non valeat, patet; ea quæ nec inuenta, nec approbata sunt à iure, recipi non debent, l. illam, C. de collat. at hæc institutio nec inuenta, nec approbata est à iure, ergo.

Respondeo, quod hæc institutio est inuenta & approbata à iure, ex quo lex dicit, quod sufficit hæredem signo indubitabili demonstrare, l. quoties, §. si quis, ff. de hæred. instituend.

Septimo cōprobari posse videtur, aliud est nuncupare hæredem, aliud nuncupanti consentire, sed testator respondendo eo modo, consentit, & nuncupat, ergo non valet testamentum.

Respondetur, quod in casu isto idem est nuncupare, & nuncupanti consentire, vt supra probatum est, imò testator ipse nuncupat ex quo respondit illud sibi placere, ergo non obstat.

238 Octauo augetur ex traditis per Socin. iun. in cōs. 183. num. 19. vol. 2. & per Corneum d. cons. 232. num. 4. vol. 1. quo in loco dicit, quod ante prædictam interrogationem nullo modo constat, quod testator habuerit animum testandi, & quod ad ita testandum deliberatè venerit, sed solum respondit, volo, vel sic, quæ verba non videntur venire ex mera voluntate testatoris, sed respondit ex more morientium, qui est, vt omnib. interrogantibus respondeant, sic, propter instantis mortis cogitationem, vt latè comprobat ipse Socin. iun. in d. cons. 183. ergo dicendum est, tale testamentū nullo modo valere.

Responsum iam ex supra traditis à nobis apparet, ex eo, quod supra diximus illum posse articulatè loqui, id autem quod dicitur, procedit in eo, qui mortis vicinus erat, id quod non præsupponitur in quæst. nostra.

Videtis ergo, quod hæc opinio remanet sine fundamento.

239 Contrariā igitur opinionem quod testamētum

valeat

valeat ad interrogationem alterius factum, ſi teſtator reſpondeat, volo, vel ſic, nulla præcedente declaratione ſuę voluntatis, tenuerunt maximi viri, & ante omnes tenuit gloſſa communiter ab omnibus approbata, in l. iubemus, in verbo, quemadmodum, C. de teſtamen. quam ſequitur Afflict. Deciſ. 145. num. 3. Socin. ſeu. conſi. 2. num. 5. lib. 4. qui affirmat ita communiter teneri, vt refert etiam Corn. conſ. 261. lib. 4. Alex. conſ. 12. nume. 6. lib. 1. & conſ. 33. num. 1. & conſ. 47. nu. 7. lib. 1. Eandem comm. opin. tenuerunt Iaſ. conſ. 124. in fine, lib. 1. Decius in d. conſ. 489. nume. 3. Ruin. conſ. 12. nume. 9. Bertrand. conſil. 212. nu. 7. lib. 4. Bellon. conſil. 62. nu. 8. Eandem tenuit Imola, in cap. cum tibi, num. 3. extra de teſtam. Boer. Deciſ. 35. num. 6. Ioan. Dilect. in tractat. de arte teſtandi, tit. 4. cautela 2. num. 1. hanc communem eſſe opin. dixerunt, & amplexi ſunt DD. in d. l. iubemus, vbi Fulgoſ. & Alex. num. 9. & Iaſ. num. 10. Eandem ſequuti ſunt Iacob. de Beluiſ. Cyn. Bar. Alber. & Salic. in d. l. iubemus. Hanc ſententiam & in Scholis & in Palacijs ſeruari refert Iul. Clar. ex mente aliorum, in tractatu de teſtam. quæſt. 37.

Quæ quidem opinio communis & magis communis ſicuti illuſtres habet fautores, ita & validiſſima ſecum habet argumenta, & rationes.

240 Probatur primo loco: quia verbum (volo) ad interrogationem alterius, inducit diſpoſitionem, vt not. glo. in l. iumentis, ff. de contr. empt. & maximè, quia ſumus in actu qui depēdet à voluntate vnius, vt dicit hic Aret. at hic adeſt verbum (volo) prolatum ad interrogationem Notarij, vel alterius, ergo & ita argumentatur Aret. hic,

Secundo, quia ex quo manifeſtè apparet de voluntate teſtatoris, ita diſponere volentis, & ſic ſunt ſeruatæ cęteræ ſolemnitates, quæ in teſtamento requiruntur, non eſt poſtea curandum, an hoc fecerit teſtator ad interrogationem alterius: nimia enim ſubtilitas in teſtamento reijcitur, vt per Dec. in d. l. ſi quis hæredem, C. de inſtit. & ſubſtitut. & teſtamentum ſit fauorabile, l. in teſtamentis, ff. de regul. iur.

Tertio augetur: quia in reſponſione cenſentur repetita omnia quæ dicta ſunt in interrogatione, vt ſupra in reſponſione argumētorum dictum eſt, ſed in hac interrogatione nominatur expreſsè hæres, ergo & in reſponſione teſtatoris repetitus cenſebitur, d. §. prętere a, infra, de inut. ſtipul. l. ſi defenſor, §. interrogatus, ff. de interrog. actione.

Quarto confirmatur ex l. Pamphilio, §. propoſitum, ff. de leg. 3. vbi talis erat caſus. Miles quidam ſuo commilitoni dixerat, ſe velle ei dare quoddam prædium, poſtmodum adhibiti ſunt teſtes, & ille commilito interrogauit eum coram illis, an vellet ſibi dare illud prædium, vel relinquere: & reſpondit dum erat in actu teſtandi, volo, vel ſic, & valet illud teſtamentum; ita in caſu noſtro dicendum eſt.

Sed text. iſte non videtur multum vrgere, & illi reſpondet Tobias hic, num. 61. dicens, illum loqui in fideicommiſſis, quæ ſolo nutu relinqui poſſunt, l. nutu, de leg. 3. nos verò loquimur in teſtamento nuncupatiuo, in quo pro forma exigitur, vt teſtator nuncupet nomen hæredis, d. l. iubemus, dicta l. hæredes palam.

Hæc tamen reſponſio Tobiæ violatiua eſt ad illum text. qui clarè loquitur in teſtamento, non autem in fideicommiſſis, & ita intelligūt omnes conſulentes, ſupra citati.

Vndè, vera reſolutio ad illam l. eſt, vt dicamus, ideo ibi valere teſtamentum, quia prius teſtator declarauerat voluntatem ſuam Notario, vel interroganti, at non in caſu noſtro fuit facta hęc declaratio, vt ſupra præmonui, ergo ſumus in diuerſo caſu.

241 Quinto paria ſunt, nuncupare, & ſcribere, l. non figura, ff. de act. & oblig. ſed teſtator per alium ſcribere poteſt nomen hæredis, ergo & per alium nuncupare. Minor probatur in Authent. & non obſeruato, C. eod. vbi dicitur, & non eo ſeruato, ſiue per ſe, ſiue per alium, qui ſcribat hęredem in teſtamento, ſubuenitur.

Reſpond. ad hoc etiam argumentum, quod illa Auth. loquitur in teſtamēto in ſcriptis, in quo quia poteſt ſcribere vel per ſe, vel per alium, ſufficit tamen, vt vno tempore ſignetur teſtamentum: At nos loquimur de teſtamento nuncupatiuo, ergo.

Secundo Reſpondeo, quod teſtator poteſt per alium ſcribere hæredem, quoties illi voluntatem ſuam ſcribendi aperuiſſet, quod in caſu noſtro non, pręſupponitur, vndè, nec etiam iſtud argumentum probat hanc opinionem.

Sexto validè deducitur: ſufficit ad conualidandum teſtamētum nomen hæredis ſigno aliquo indubitabili demonſtrare, quodcumque ſit, at in caſu noſtro demonſtratur indubitabili ſigno, ergo valet teſtamentum. Maior probatur per l. quoties, §. ſi quis, ff. de hæred. inſtit.

Reſpondent DD. quod imò hoc eſt ſignum dubitabile, propter infirmitatem teſtantis, qui vt ſe tędio liberaret, reſponderet, ſic, vel volo, vel alia verba, & eſſet etiam dubitabile ſignum ſuggeſtionis, interrogando in hunc modum.

Replico, quod ex quo præſupponimus teſtatorem poſſe articulatè loqui, non poteſt dici eſſe ſignum indubitabile; Item præſupponimus, vt ſciat quod hæres fuiſſet ſucceſſurus ab inteſtato, nec etiā adeſt timor ſuggeſtionis, cùm pręſupponatur Notarium fuiſſe vocatum ſpontanea voluntate teſtatoris, & ſic fide dignum, vt ſupra.

242 Septimo adducitur text. in l. quoniā indignum, C. de teſtam. quatenus ibi dicit, quod hodie etiam omiſſis ſolennitatibus poteſt teſtamētum fieri quibuſcumque verbis, dummodo conſtet de voluntate teſtatoris, ita Aret. hic, facit text. in l. hac conſultiſſima, C. eod.

Octauo ego moueor, & ſic vltimo loco alijs omiſſis, ſi ſubſtitutio iſta non valeret, certè hoc eſſe nō poſſet, niſi quia non fuerit expreſſum nomen hæredis; aut quia videtur facta per ſuggeſtionem, vt eſt timor falſitatis; neque poteſt alia ratio aſſignari, ſed nulla de prædictis hoc impedit, ergo valebit tale teſtamētum, quod ſit expreſſum nomen, ſatis probatum eſt ſupra, & dato, quod nō eſſet expreſſum, quod tamen eſt falſum, vt probatur in l. diuus, ff. de hæred. inſtit. vbi ſufficit, quod teſtator

dicat,

dicat, Titius est, licèt non dicat, hæres, tamen dicitur testatorem illum instituisse; quod etiam hæc dispositio testatoris non sit facta per suggestionem, satis supra etiam fuit à nobis probatum.

Remanet ergo firma opinio communis, quod si testator non prius declarata voluntate, ad interrogationem alterius interrogantis eum, an Sempronium hæredem instituere voluerit, & respondeat quod est contentus, vel volo, vel sic, tale testamentum valeat, tamen etsi firmauerimus opin. affirmatiuam veriorem esse, absurdum etiam quidem esset, si diceremus tot Interpretes tot primarios consulentes malè loquutos esse, dum conati sunt partem negatiuam vt veriorem, defendere.

243 Ideo ego existimo, has tantorum virorum opiniones reconciliari posse fœdere distinctionis, & q vnaquęq; ipsarum verissima sit in suis terminis.

Quando igitur nos quærimus, an valeat testamentum nuncupatiuum, quotiescunque testator ante non declarauit voluntatem suam Notario, sed de per se Notarius scripsit testamentum, deinde præsentibus septem testibus legit illud testatori, deinde eum interrogauit, an voluerit esse hæredem Sempronium, & respondeat, quod sic, vel volo, distinguendum est; & animaduertatis, quia hanc reconciliationem nullibi declaratam inuenietis, sed benè repugnantiam maximam inter DD. & Consultores reperietis. Dico inquam;

Aut iste testator erat maxima infirmitate detentus, ita, quod articulatè loqui non posset, & nihil aliud ei superesset nisi animam expirare, & tunc procedat opinio negatiua tantorum illustrium virorum; & in his terminis loquuntur præfati Consultores; nam si testamentum ita factum valeret, tunc daretur materia fabricandi falsum, quia infirmi mortis cogitatione turbati, de facili omnib. applaudent, & respondet quod sic, vt ex Corneo colligitur in cons. 319. num. 1. in fine, vol. 1. & in cons. 232. num. 4. eod. vol. 1. & ex alijs supra citatis, & ideò infertur, quod si consanguinei & agnati d. testatoris sine licentia ipsius adhiberent Notarium, & ad eorum instantiam inscripserit testamentum, & institutionem de ipsis, & postea illud legeret coram testatore, & interrogaret an ita vellet, & respondeat quod sic, tunc tale testamentum inualidum est, & in his etiam terminis procedit opinio negatiua, vt colligitur ex Ruini cons. 8. num. 9. vol. 5. Secundò etiam infertur, quod si quis dolosè & per falsas causas induxisset testatorem ad eum instituendum, cumq; infirmus de facili crederet, tale testamentum non valet, vt refert Deci. in d. cons. 489. num. 2. & 6. sicuti etiam non valeret, si aliquis inscio testatore diceret Notario, scribas testamentum, & instituas Sempronium: quia sic est voluntas ægrotantis, & demum legat d. testamentum, & interroget testatorem, an velit sibi hæredem talem, & dicat quod sic, vt colligitur etiam ex Socin. iun. cons. 184. num. 31. vol. 2. Item si fuerit interrogatus testator à persona sibi suspecta, quia dicendum est non valere, propter falsitatis suspicionẽ, d. cons. 184. num. 27.

244 Aut verò, iste testator nõ laborabat in extremis, sed articulatè loqui poterat, & suam voluntatem ex illis verbis expressã fecerat, vt quia voluit quod testamentum scriberetur eo audiente, vel quod de per se rogauerat testes, & similia verba, ex quibus colligitur expressa voluntas ipsius, quæ erat, talem instituere, & ideo dixit ad interrogationem Notarij, sic, vel volo, & hoc modo intelligenda est opinio affirmatiua communis, quod valeat testamentum, vt supra audiuistis. & in his terminis procedat talis affirmatiua sententia communis, & magis communis.

Et ex his fit explicata hæc quæstio, nunquid valeat testamentum factum ad interrogationem Notarij, vel alterius: quia in hoc non est facienda vis, si fuerit Notarius qui testatorem interrogauit, siue alius præsente Notario, quicquid dixerit Bald. in d. l. iubemus, num. 6. C. eod. ita firmant DD. communiter, quod scilicet testator possit interrogari à quocunque, vt testatur Iul. Clar. in tract. de testament. quæst. 37. vers. & licèt Baldus.

245 Cum ergo opinio affirmatiua habeat locum, quando testator loqui potest articulatè, infero ego, quod si quis interroganti annueret, cum loqui non posset, tale testamentum non valet; quod dictum seu quæ limitatio communiter recipitur, vt inquit Bart. per illum text. in d. l. iubemus, C. eod. vbi dicitur, quod si testator talis est qui nec scribere neq; articulatè loqui potest, similis mortuo est, & ideo testamentum facere prohiberetur.

Vnde ex his sequitur, quod si quis testatori, cum fari non posset, dixerit, si vis me tibi hæredem esse, stringe mihi manum, vel aliud fac simile signum, & is manum strinxerit, non per hoc valet testamẽtum, nec ille interrogans dicitur hæres, ita Paul. Castr. in d. l. hæredes palàm, in princ. ff. eod. & in l. hac consultissima, C. qui testam. fac. poss. Angel. in l. discretis, C. eod. qui omnes mouentur per d. text. in l. iubemus.

246 Secunda elicitur conclusio ex Interpretibus, q testamentum nutu factum, vel alijs signis, non valet nisi ad pias causas, sed quoniam hæc conclusio sine contradictore non transit, ideo in ea quid iuris statuendum sit, dispiciamus.

Scitote igitur quod ille dicitur ad pias causas, qui aliquid pro salute animæ suæ relinquit cuilibet, etiam affini suo pauperi, ita dixit Bald. in l. 1. C. de sacrosanct. eccles. post glos. in l. 2. §. si quis Titio, ff. de leg. 2. secùs si diuiti, quo stante, ne in recensendis nominibus tempus conteramus, communis est opinio, testamentum ad pias causas factum nutu, valere, & tenere, quam opinionem sequuntur DD. in l. 1. C. de sacrosanct. eccl. in l. iubemus, C. eod. varijsque in locis; quam deinde sequuti sunt Bald. in d. l. iubemus, & Andr. de Besseris, in l. habeat, num. 168. C. de sacrosanct. eccl. & ante omnes fuit opinio gl. in cap. cum tibi, de testamen.

Quæ opinio primo probatur ex d. text. in capit. cum tibi, vbi dicitur in 2. quæst. quod qui vltimam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus, & gl. dat exemplũ in eo qui nutu respõdet ad alterius interrogationẽ.

247 Secundo confirmatur: testamentum ad pias causas dicitur esse redactum ad merum ius gentium; sed de iure gentium non reperitur solemnitas ista, quod

quod teſtator nuncupet vel ſcribat nomẽ hæredis, ergo valebit tale teſtamentum nutu factum. Maior probatur per Bart. Bald. & alios, in d.l.1.C.de ſacroſ.eccleſ. Minor per gloſ.communiter approbatam, in l.item quia, ff.de pact.

248 Tertio augetur quæ ſpiritu Dei fiunt, non ſunt ſub lege, cap.duæ ſunt leges, quæſt.9. Bart. in l.1. C.de ſacroſ.eccleſ.ſed quando quis ad pias cauſas teſtatur, facit hoc diuino inſtinctu, & non tenetur ad obſeruationem ſolemnitatis introductæ à iure, & per conſequens debet valere huiuſmodi teſtamentum.

249 Quarto & vltimo moueor: teſtamentum militis & teſtamentum ad pias cauſas æquiparantur, Bart. & DD. in d.l.1.C.de ſacroſ.eccleſ.iunctis his quæ notãtur per DD. in §.1.tit.noſtri, ſed miles poteſt ſignis inuſitatis teſtari, l.Lucius, de mil.teſtamento, vbi ad verbum, ergo & teſtari ad pias cauſas. Quo ſtante, arguo ſic: Scriptura, & nuncupatio, æquiparantur, Alex. in d.l.iubemus, & probatur in d.l.non figura, ff.de act. & oblig. vbi non minus valet ſcriptura quàm ea quę voce exprimuntur, ſed teſtator ad pias cauſas poteſt notis inuſitatis ſcribere, ergo & etiam nono modo nuncupationis vti poterit, ſcilicet per nuncium.

250 Contrariã partem tenuerũt Ang. et Paul. Caſtr. in d.l.iubemus, C.eod. & in l.& in epiſtola. C.de fideicomm. eandem tenuerunt nonnulli alij ex antiquioribus.

Pro qua deducitur: ea de quibus nulla lex loquitur, non ſunt admittenda, l.illam, C.de collat. ſed talis inſtitutio non eſt aliqua lege aut canone aſſignata, ergo non debet admitti, nullibi enim in toto corpore iuris vtriuſque reperitur hãc nutu factam inſtitutionem approbatam.

Secundo in teſtamento ad pias cauſas, non remittuntur ſolemnitates communes niſi quatenus eſt à lege expreſſum, ſed iure communi debet hęres nuncupari, & talis ſolemnitas non videtur remiſſa in teſtamento ad pias cauſas, ergo in eo debet ſeruari, per cõſequens valebit teſtamentũ nutu factũ.

Maior probatur in l.generali, C.de ſacroſ.eccl. Minor per l.hæredes palam, ff.de teſtamen. dicitur in l.generali, C.de ſacroſan.eccleſ. quod Monachi & Moniales poſſunt ſua relinquere in teſtamento Eccleſiæ, pauperibus, & alijs locis pijs, tamen ibi dicitur, quod in eo debent ſeruari ſolemnitates communes.

251 Tertio & vltimo, ille qui loqui non poteſt, & ſcribere neſcit, non poteſt facere teſtamentum, quamuis poſſet annuere, & facere nutus tales, vt intelligeretur, immo, non poteſt dare ſeruo libertatem, & tamen eſt cauſa pia, ergo teſtamentum nutu factum non valet ad pias cauſas: Maior probatur in l.diſcretis, C.quib. non eſt permiſſ. fac. teſtament.

Vnde tenentes hanc partem cõtra communem, reſpondebãt ad adducta pro ea, et Primo non obſt. text. in d.cap. cum tibi, de teſtam. cum notatis ibi per gloſ. nam reſpondent, quod ille text. nihil facit, quia debet intelligi in eo qui voce manifeſta commiſit voluntatem ſuam in alterius arbitrium; non obſtat quod gloſ. ibi dixerit, illum text. loqui in eo qui nutu ad pias cauſas teſtatus eſt, quia Bal. in d.l.iubemus, & Bauer. hic dixerunt illum text. hoc non probare, ſicuti & verum eſt.

Vlteriùs, dato quod ille text. in d.cap. cum tibi, de teſtam. cum not. ibi per gloſ. probaret, tamen habet plures intellectus, & lecturas, & non diſcernitur quæ ſit communis opinio, & ideo nõ poteſt ad deciſionem cauſarum allegari, iuxta notata per Bart. in l.in ambiguo, ff.de reb.dub.

252 Addatis vos, quod ſi aliqua lectura eſt accipienda, illa recipi debet per quam minus læditur ius commune quàm fieri poteſt, iuxta id quod dixit gloſ. in l.omnis definitio, ff.de reg.iur. ſed minus ius commune læditur, ſi intelligimus illum, quando teſtator verbis illis in alium cõtulerit vltimam voluntatem, cum regula ſit, id debere fieri, ergo illam capiamus tanquam magis iuri cõi amicam.

Secundo non obſtat dum dicebatur teſtamentum ad pias cauſas eſt à iure gẽtium introductum, ſed de iure gentium non requiritur ſolemnitas iſta nuncupandi hæredem, ergo.

253 Reſpondetur, non tenere conſequentiam, quia licet teſtamentum militis ſit redactum ad ius gentium, vt per Bart. in l.1.ff.de cond.indeb. & nos ſupra diximus, tamen miles non poteſt teſtamentum nutu celebrare, vt dicit gloſ. in l.in fraudem, ff.de milit.teſtam.

Secundo reſpondetur, quod non eſt neceſſe de iure gentium nuncupare hęredem, ſed benè opus erat verbis.

Tertio reſpond. quod de iure gẽtium remittuntur ſolemnitates iuris ciuilis, quatenus eſt à lege expreſſum, ſed hic caſus nõ eſt expreſſus, ergo. Quod ſolum remittatur ſolemnitas quãdo expreſſa ſit de remiſſione mentio, habetis tex. in d.l.generali, C.de ſacroſ. eccleſ.

Quarto poteſt reſponderi, quod tunc remittuntur ſolemnitates iuris ciuilis, quãdo conſtat de voluntate teſtantis, ſed in caſu noſtro non conſtat de eius voluntate, imò lex præſumit fraudem, cum nutus non ſit indicium certum, vnuſquiſq; enim poſſet per ſe teſtari; vndè, cum teſtator habeat hæredem debet demonſtrare ſigno indubitabili, l.hæredes palam, ff.eod. dicendum eſt tale teſtamentum non valere.

254 Tertio nõ obſtat dum dicebatur, ea quæ diuino ſpiritu fiunt, non ſunt ſub lege, ſed hoc teſtamẽtum videtur factum diuino ſpiritu, ergo non debent ſubijci legibus ciuiles ſolemnitates.

Reſpondetur, quod ea quæ fiunt ſpiritu diuino non ſunt ſub legibus peccati, ſed ſub iudicialibus ſic.

Quarto non obſtat & vltimo, dum dicebatur teſtamentum militis & pium æquiparantur, ſed miles ſignis inuſitatis poteſt teſtari, ergo et teſtator: quo ſtante, arguitur ſic; Scriptura & nuncupatio æquiparantur, ſed teſtator ad pias cauſas poteſt ſignis inuſitatis teſtari, ergo & nutu, & inuſitato modo nuncupantis vti. Reſpondetur, quod oportet debere in inſtitutione hæredis verba adeſſe quę demonſtrent certam voluntatem teſtantis, vt faciunt notæ inuſitatæ. Et per hæc apparet, quod opinio contra communem videtur ſuſtentabilis.

255 Sed

155 Sed quicquid dictum fuerit hucusque à quibusdam Nouissimis, ego existimo non esse recedendum ab opin. communi, cum ipsa magis veritati inhærere videatur.

Et probatur per secundum argumentum pro ea supra deductum, cui non fuit benè responsum: Argumentum enim erat: hoc testamentum ad pias causas est redactum ad ius gentium, sed de iure gentium non est necesse nuncupare hæredem, ergo valebat tale testamentum.

Respondebant nouissimi multis modis, & primò, quod non valet consequentia, est redactum ad ius gentium, ergo non debet hæres nuncupari, patet; quia testamentum militis est ad ius gentium redactum, non tamen nutu testari potest.

Ad quam responsionem ego replico, quod ideò non valet consequentia, quia miles ideo testari non potest nutu, quia subijcitur legibus de eo loquentibus, quæ expressè dicunt, quod etsi sit redactum ad ius gentium, tamen quod ipse debet heredem nuncupare, in hoc enim leges voluut quod non obseruaretur ius gentium, at in casu nostro, nulla lex loquitur de testaméto facto ad pias causas, ut in eo hæ

156 res debeat nuncupari, ergo. Et si diceretur, nône l. generali, C. de sacros. eccl. dicit, quod testamentum ad pias causas factum non est exemptum à solemnitatibus iuris ciuilis.

Respondetur secundum nónullos, quod illa lex est hodie correcta, quæ responsio nô est bona: nam illa est correcta quoad hoc, vt moniales non possint facere testamentum: nam hoc illis ademptum est per Auth. Ingressi, sed non est correcta, quo ad solemnitatum obseruationes, si eis liceret testamentum condere. Vnde dicatis vos, quod lex ciuilis non potest arctare testamentum ad pias causas, ad suas solemnitates reseruandas, quia tale testamentum non est subiectú legib. ciuilibus, sed Canonum dispositionibus, quibus standum est in his quę concernunt fauorem animę, vt ibi dicunt DD. at in casu nostro fauor animæ versatur, cum per ea quæ pijs locis relinquuntur, peccatorum remissionem consequamur, ergo attendendum est ius Canonicum, quod quidem ius Canonicum illud relinquit in puris terminis iuris gentium, & nihil addit vel ei adimit sicuti facit ius ciuile militi, cui imposuit necessitatem nuncupandi hæredem; quam responsionem sequuntur Bald. & Bart. in d. l. 1. C. de sacrosanct. eccles.

Non obstat etiam secunda responsio, dum ipsi dicebant, quod est verú, quod non est necesse nuncupare hæredem, sed tamen opus est verbis. Quæ quidem responsio est ridicula, nô enim video quid sint significatura illa verba, nisi exprimant nomen hæredis.

Tertio non obstat, quod ipsi dicebát in iure gentium non remitti solemnitates iuris ciuilis, nisi quatenus est à lege expressum, vel quod ius gentium debeat obseruari, nisi aliter ius ciuile statuerit vel ius Canonicum in illis, quæ pertinent ad ipsum; modò licèt ius ciuile aliter disposuerit in testamento pio, tamen ius Canonicum ad quod pertinet, non alterauit ius gentium; & ideò in testaméto pio seruabitur ius gentium purum.

Quarto non obstat dum dicebant, quod est verum debere seruari ius gentium in testamento pio, sed quando constabat de voluntate testantis: non enim credédum est ius gentium velle hæreditatem conferre præter voluntatem testantis, ac in casu nostro non constat de voluntate testatoris, ergo.

Nam replico, negando quod non constet: quia hoc signum videtur & est multum verisimile, cum etiá verisimile sit voluisse testatoré animæ suæ consulere, cum censeatur ductus Spiritu sancto, ergo ex his cessant responsiones ad secundum argumentum adductum pro opin. communi.

Vnde illa retenta, superest vt respondeamus tribus argumentis deductis pro opin. contra communem.

Primo igitur loco non obstat dum dicebatur, ea de quibus nulla lex loquitur; neque nullus asserit Canon, non sunt admittenda, sed talis institutio non est aliqua lege confirmata, ergo. Respondetur, quod aliquid à lege confirmari dicitur duobus modis, verbis scilicet, & méte, l. meminisse, ff. de verb. sig. quo stante, dico, quod quamuis nulla lex dicat hoc verbis, tamen ex ipsius mente colligitur dum reducit illud ad ius gentium, quod solemnitates nô requirit, & aliquis Canon nô declarat, sed contrarium est in milite.

Secundo non obstat dum dicebatur, in testamento ad pias causas non remittuntur solemnitates ciuiles, nisi quatenus est à lege expressum, sed nó est talis casus expressus, imò expressè contrarium dicitur à lege ciuili, vt patet in l. generali, C. de sacros. eccles. ergo non debet valere tale testamentum. Respond. quod quamuis ius ciuile hoc prohibuerit, tamen ius canonicum ad quod pertinét spiritualia, expressit hunc casum, dum reliquit tale testamentú in terminis iuris gentium, & nihil addidit.

Tertio & vltimo non obstat dum dicebatur: ille qui loqui non potest, & scribere nescit, quamuis posset tales nutus facere, non potest testari, etiam si relinquat libertatem, quæ dicitur causa pia. Respond. quod illa prohibitio est de iure ciuili, quod non attenditur in testamento ad pias causas, vt dixit Bart. in d. l. 1. C. de sacros. eccles. Imola in l. captatorias, de milit. testam. & probatur in cap. cum esses extra, de testam. Vnde ex his firma remanet communis Conclusio, quod testamentum ad pias causas potest fieri nutu, vel alijs signis.

157 Intelligatis tamen hanc Conclusionem sibi locum vendicare de iure Canonico, vt patet ex supra traditis; Et hoc expressè dixit Andr. de Bessetis in d. l. habeat, num. 168. C. de sacros. eccl. ratio autem quare valeat de iure canonico & non ciuili, ea est secundum Innocent. in d. cap. cum tibi, de testamen. quia in causis pijs est regula humani iuris géntium, & diuini, vt peccata eleemosinis redimantur, at in profanis causis non adest fauor animæ, sed aliud impellere potuit testatorem. Item etiam, quia talia voluntas de iure ciuili videretur captatoria, cum sit collata in alienum arbitrium, cótra l. illa institutio, de hæred. instit.

158 Sed huius occasione quæro ego, quid iuris in testamento nuncupatiuo inter liberos facto nutu; nunquid valebit? Et Bald. & Alexand. in d. l. iubemus, te-

mus, tenuerũt quod sic, quorum opin. sequuti sunt Paul. Cast. in l. & in epistola, C. de fideicom. Fulg. & Ange. in l. discretis, C. qui testam. fac. poss. quos communiter sequuntur alij antiquiores.

Primo probatur: testamentum nutu factum ad pias causas valet, sed fauor liberorũ præponderat fauori animę & piæ causę, ergo multo magis debet valere testamentum inter liberos. Maior probatur ex his quę superius dicta sunt. Minor patet per Bal. in l. iubemus, per glos. in l. si quis ad declinandam, C. de episc. & elet. & ibi DD. est text. in cap. requiritur, 17. quęst. quotiescumque enim exhæredatis liberis, vel relictis, qui ecclesiam instituere vult, quærat alium consultorem quàm Augustinum.

259 Ego, qui sequor opin. contra communem, respondeo, quod ratio qua valet testamentũ ad pias causas, non militat in tali testamento, & ideo non valet, licèt sit fauorabile: quia fauor filiorum non consistit in hoc, sed in alijs vt puta, si Ecclesia esset instituta omissis filijs, tale testamentum non valet, & per hoc est fauorabilis causa filiorum; patet ergo, quod non valet consequẽtia, testamentum liberorum vel inter liberos est fauorabilius testamento pio, ergo omnia quæ conceduntur in testamento pio, concedi debent testamento inter liberos: quia potest esse, quod aliqua ratione particulari alicui concedantur multa in sui vtilitatem, quæ non concederentur alteri, quamuis ille alter fuerit à me dilectus, non enim est inconueniens ꝙ ego concedam aliquid alicui quem minus diligo aliqua ratione particulari, quod non concederem alteri à me amato, et magis dilecto, exemplum est; Sempronius qui à me minus est dilectus, est sacerdos, & ego cum habeam beneficia ecclesiastica certè dabo illa beneficia ipsi Sempronio sacerdoti, quæ nullo pacto darem illi laico magis à me amato, ratione impossibilitatis. Sic in proposito, lex Canonica concedit testamentum ad pias causas quod valeat, etiam si fuerit nutu factum, quia ibi tractabatur de spiritualibus, quod non concessit testamento facto inter liberos, quamuis sit illud fauorabilius, sed factum est hoc, quia in eo non tractatur de spiritualibus, vndè, lex Canonica non potuit derogare iuri Ciuili, sicuti fecit in testamento pio.

260 Secundo tamen adducitur: testamentum inter liberos est redactum ad ius gentium, ita Bart. & DD. in l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam. sed de iure gentium non est necesse hæredem nũcupare, aut solemnitates ciuiles addere, ergo tale testamentum valebit, licèt sit solemnitatibus destitutum, & nutu factum. Minor probatur ex Bart. & alijs, in l. 1. C. de sacros. eccles.

Respondeo, quod non valet consequentia: nam testamentum illud est etiam ad ius gentium redactum, vt probatur per Bart. in l. 1. ff. de cond. indeb. & ſ. diximus; non tamen nutu testari potest miles, l. in fraudem, & ibi glos. ff. de testa. mil. cum legib. specialiter loquentibus subijciatur; sic testamentum inter liberos subijcitur legibus specialiter de eo loquentibus, d. Auth. quod sine, C. eod.

Tertio & vltimo adducitur pro hac parte: testam̃ potest fieri quibuscũq; verbis, & indicijs, dũmodò demonstrent testatoris voluntatẽ, sed nutus est indicium demonstrans hominis voluntatem, ergo tale testamentum nutu factum ualebit. Maior probatur per l. fin. C. eod. vbi expressè hoc habetur.

Respondetur, ꝙ testamentum inter liberos fieri potest quibuscũque verbis & indicijs, i. testibus, vt exponit hic Bauer. Vel dicatis, quibuscũque indicijs demonstrantibus apertissimè mentem testatoris, sed nutus non demonstrat apertè, cum facilè morbo grauatus annueret & infirmus; vndè, cum per hæc deducta non sustineatur hæc opinio.

261 Contrariam opin. tenuerunt nonnulli antiquiores, quod imò tale testamentũ non ualeat. Pro qua facere videtur; Miles in testãdo habet maiorem licentiam quàm pater inter liberos, sed miles nutu testari non potest, ergo nec pater inter liberos.

Maior probatur: quia miles notis inusitatis testari potest, dummodo constet de eius voluntate; l. Lucius, ff. eod. quod tamen facere non potest pater inter liberos, Auth. quod sine, C. eod. vbi apertè dicitur, pater inter liberos vti debet literis, non signis inusitatis; Quod etiam miles nutu non possit testari, patet in quæstione superiori.

262 Moueor tali medio: Ratio quare testamentum ad pias causas factum nutu valet, quia tale testamentum non supponitur legibus ciuilibus, vt ſ. diximus: sed talis ratio non militat in testamento patris inter liberos; ergo non ualebit. Quod d. ratio non militet, patet: quia non tractatur de spiritualibus, sicuti in testamento ad pias causas, in quo tractatur illud etiam per quod peccatorum remissionem consequimur, vndè, fauor animæ in eo consideratur, quod non est in casu nostro, vt dicit Bart. in d. l. 1. C. de sacros. eccles.

263 Tertio pro hac opin. argumẽtor: Priuilegium ꝙ consideratur in testamento inter liberos, nõ versatur circa hæredis institutionẽ, sed circa numerũ ipsorum testium, vt in d. l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. eod. & ibi not. DD. ergo testamentum nutu factum à testatore inter liberos non valebit.

264 Penultima elicitur conclusio ex dictis Aret. hic, & aliorum Posteriorum: nunquid ualeat testamentum si testator dixerit: Ego instituo hæredẽ meum, cuius nomen apposui in cedula quadam mea manu scripta, quam reliqui apud Guardianum Fratrum Minorum, vel apud Confessorem, aliumq; Religiosum.

Qua in re Bauer. hic, refert duas Interpretũ opiniones, Prima est antiquorum, existimantiũ testamentum istud non ualere, siue sit testamentum in scriptis, siue nuncupatiuũ; quam opin. tenuit Iaco. de Beluis. quem refert Bart. in l. si ita scripsero, ff. de cond. & demonstr. cuius deinde opinionẽ sequuti sunt Ias. in l. certum, num. 1. ff. si certum pet. & in l. hac consultissima, §. per nuncupationem, C. eod. de testam. Cumanus in d. l. si ita scripsero, & Aretin. in l. hæredes palam, in princ. ff. de testam. quorum opinio validissimis probatur argumentis, &

265 Primo, testes debent scire ea quæ in testamento nuncupatiuo fiunt, l. hæredes palam, ff. de testam. §. fin. ſ. eod. at quando testator instituit aliquem hæredem, & se refert ad cedulam relictam apud Guardianum, testes ignorant ꝙ in ea continetur,

ergo tale testamentum factum per relationem ad cedulam, non valet.

Ego, qui vnà cũ doctissimis viris sum insequuturus opin. communem, quod s. valeat testamentum nuncupatiuum, respondeo, quod scire aliquid dupliciter euenit; Aut enim explicitè, aut implicitè, vt per Bald. in l. si ita scripsero, videlicèt in casu testes non sciant quæ in ea cedula contineantur explicitè, sciunt tamen implicitè, & per relationem, vt infra clarius demonstrabitur.

266 Secundo tamen deducitur: testator manu sua in testaméto in scriptis debet scribere nomen heredis, vel per alium cui prius dixerit, l. iubemus. C. eod. cum Auth. ibi posita. At in casu quæst. nostræ scriptũ non est nomen heredis, nec per se, nec per aliũ, d. l. iubemus, ergo tale testamentum non valet.

Respondeo quod satis scripsit; cum per relationem scriptura certa sit, certũ n. dicitur quod est certum per relationem, d. l. certum, ff. si cert. petat.

Secundo respondeatis, quod argumentũ verum est in testaméto in scriptis, in quo opinamur etiam nos non valere, sed secus in testamento nuncupatiuo, vt infra dicemus.

Tertio institutio heredis debet in testamento fieri, ad hoc, vt sit validum; §. ante heredis institutionem, infra, de legat. at hic non est heredis facta institutio, ergo non valebit.

Respondeo quod ex quo testator instituit heredem signo indubitabili, satis dr̃ scripsisse heredem in testamento, cum illa hæredis institutio sit apud Guardianum in cedula relicta ab ipso disponente.

Quarto si testamentũ hoc valeret de facili committeretur fraus, contra ea quæ scripsit Imperator in princ. tit. nostri, in fine, & in d. l. iubemus, comparationes enim literarum satis periculosæ sunt, l. cõparationes, C. de fide instr. vnde potest euenire, quod illa cedula relicta apud Guardianum posset falsificari, & aliam poterit quis illi similem scribere, & in ea quem sibi vult heredem ponere, vnde vt euitetur hæc fraus, dicendum est non valere testm̃.

267 Respondetur, quod non ex sola comparatione literarũ potest falsificari cedula, cum & adsint alia indicia ad illam recognoscendam, quę indicia optimus Iudex inquirere debet, vt per Bart. in d. l. si ita scripsero, ff. de cond. & demonstr. dixit Aret. & Virglius hic, num. 14. qui allegat Corneum in consi. 142. 1. vol. ita consuluisse, & per Capicium in decis. 143. num. 5. & 7.

268 Quinto pro eadẽ opin. arguitur per Alex. in consil. 76. nume. 5. lib. 3. voluntas ista videtur esse captatoria, quia conferri videtur in voluntatẽ Guardiani, qui poterit scribere in ea quicquid volet, & postea dicere, hæc est, quam apud me reliquit testator, ergo valere non debet, l. illa institutio, l. captatorias, ff. de hæred. inst. l. captatoriæ, ff. de leg. 1.

Respondet ipsemet Alex. quod ex eo quod testator se refert ad scripturam de præterito, l. hoc articulo, vbi Bart. ff. de hæred. instit. videtur sentire quod sufficit probatio per scripturæ comparationem; Confirmatur; quia illa scriptura est confirmata in testamento per ipsius testatoris confessionem, argum. Auth. Ad hæc, C. de fid. instrum. & d. l. si ita scripsero. Præterea, nõ videtur testator committere eius voluntatem in arbitrium alterius, ex quo de per se per illam cedulam disposuit.

Sexto & vltimo deducitur pro hac opin. negatiua: nam talis cedula relicta apud Guardianum, non est solemnis, cum non contineat legitimum numerum testium, ergo non valet, l. fin. C. de fideicõmiss. & tanto magis, quia est priuata scriptura; nec habet solemnitates requisitas ad dispositionem vltimę voluntatis; vndè, non valet, l. instrumenta. C. de probat.

Respondetur, quod si constat illam scriptam esse de manu testatoris, vt præsupponit in hac quęst, vel per comparationem literarum, vel per alium modum legitimum, tunc valet, & dicitur solemnis, eo quia apposita in tali schedula cẽsentur fuisse scripta in testamento; argumento l. asse toto, ff. de hæred. inst. quam responsionem sequitur etiã Imola, in cap. cum tibi, num. 25. de testamen.

269 Confirmatur per ea quæ tradit Socin. in d. l. si ita scripsero, num. 3. nam ad declarationem voluntatis nõ requiritur probatio solemnis sicuti ad probandam dispositionem; Casus est in d. l. asse toto, Igitur satis est quod scriptura declaratoria voluntatis ad quam fit relatio, probetur sufficienter, licèt non solemniter. Videmus enim in simili, quod licèt vnus testis in legatis non sit sufficiens probatio, tamen per vnum testem declaratur voluntas cuius fides est à testatore approbata, text. est in l. Theopompus, ff. de dote prælég.

Cum ergo d. opinio Iacob. Ias. Aret. & cæterorum, non probetur, non defuerunt qui opinionem contrariam sequuti sunt, Bart. itaq; in d. l. si ita scripsero, ff. de cond. & demonstr. tenuit quod si testator in testamento nuncupatiuo instituerit illum cuius nomen est designatum in quadam schedula relicta apud Guardianum, quod tale testamentum valeat, qui quidem Bart. licèt loquatur in legatis, idem est in hæredis institutione, vt infra videbimus; Cuius Bart. opin. tenuerunt Bald. & Angel. in l. asse toto, ff. de hæred. instit. Paul. Castr. in l. hac consultissima, §. per nuncupationem, C. de testamen. Eandem tenuit Socin. in d. l. si ita scripsere, num. 3. & 4. Natta in repetitio. Authent. Quod sine, num. 21. C. de testamen. Imola in cap. cum tibi, extra de testamen. Eandem opin. tenuerunt ex consulentibus Alexand. in consil. 76. num. 5. lib. 3. Parisius in consil. 3. num. 15. & in consil. 19. nume. 13. par. 3. qui dicit hanc Bart. opin. esse magis communem. Bellon. cons. 85. num. 10. & 11. qui testatur de magis communi opinione, Gozadin. in consil. 4. Eandem tenuit Iulius Clarus, in tract. de testament. in quæst. 4. vers. sed pone: & in quæst. 36. vers. sed quid si testator, qui dicit hãc esse communem & magis communem, dicens non esse in practica ab ea recedendum, quorum opin. ego libentissimè amplector; pro qua moueor ex mente Interpretum.

270 Primo vbi aliquid non introducitur pro forma non refert quod ex æquipollentibus fiat, vulgata l. mulier, ff. ad Trebellian. at quando fit testamentum nuncupatiuum, non repetitur pro forma traditum vt explicetur nomen hæredis, ergo satis est ad validandum ipsum testamentum, si quo-

modo-

modocunque appareat hæredis persona etiam per relationem ad aliquam schedulam vt hic.

Nec obstat si quis diceret, quòd imò in testamẽto nuncupatiuo de forma est, vt nuncupet testator hęredis nomen, per text. in d.l. hæredes palam, in princ. ergo sicuti in testamento in scriptis est quod scribat nomẽ hæredis, ita & in nuncupatiuo quod nuncupet. Nam ego respondeo quod ille text. non probat quod nuncupatio sit de forma, sed loquitur secundũ opin. cõem, & vsum hominũ, non tamen negat quin valeret, et si nomen hęredis non nuncupetur, sed quocunq; alio modo appareat, & quod hoc sit verum, patet ex §.fin.tit.nostri, vbi Imperator ponendo formam testamenti nuncupatiui, dicit, quod valet testamentum, ex quo voluntatem suam coram septem testib. nuncupauit; & sic ponderate vos quod sufficit quomodocunque nuncupetur, siue implicitè siue explicitè.

271 Secundo probatur hæc opinio per text. in l.asse toto, ff.de hæred. inst. vbi valet si testator dicat, quem hæredẽ in codicillis fecero, hæres esto; & deinde Titium in codicillis hęredem instituit, dicit I.C. quod valet institutio, quia hæreditas in testamento data videtur, sic in casu nostro.

Tertio deducitur text. in l.his verbis, ff.de leg.3. vbi valet legatum factum de his quæ continentur in membranulis ipsius testatoris, ad idem facit tex. in l.Theopompus, ff.de dote præleg. vbi testator cauit in codicillis, quod pro collocanda filia sua in matrimonium detur illa portio quam scit Pollianus, & valet id relictum, & cum hæc iura loquantur in legatis, idem statutum est in institutione hęredis.

272 Quarto deducitur, quia sufficit hæredem demonstrare signo aliquo indubitabili, l.quoties, §.si quis nomen, l.nemo.ff.de hæred.inst. At in casu nostro indubitabili signo, & certo demonstratum est nomen hæredis, argumento l.certum, ff.si cert.pet. ergo testamentum valebit.

Quinto confirmatur: quia paria sunt aliquid esse expressum per se, vel per relationẽ ad aliud, d.l. certum, ff.si cert.pet. l.vbi autẽ, ff.de verb.oblig. at hic est expressũ nomen implicitè et per relationem ad scripturã, ergo valet; Dixit Paris.cons.3.nu.15, par.5, Ias. per illum text. in l.ait Prætor, §.1.nu.3, ff.de re iudic.& in l.Gallus, §.instituens, num.4 de liber.& posth. vbi concluditur, quod paria sunt, testes audiuisse nomen hæredis implicitè, & per relationem. dixit Socin.cons.173.vol.2.

273 Sexto augetur et vltimo, per doctrinam Cornei, in cons.163.nu.2.vol.3. vbi valet dispositio, si testator in testamento dicat, volo quod mea vadant, doue son ite quelle di mio Padre; cuius decisionem sequitur Paris.d.cons.3.nu.16. ergo à fortiori dicendum est, quod valeat testamentum hoc.

Confirmatur: quia relicta in illa scriptura quæ est penes Guardianum, videntur repetita in testamento, d.l.asse toto, ff.de hæred. insti. dixit Imola in d.cap. cum tibi, nu. 25. extra eod. Concludo ergo quod valeat testamentum in quo sit hęres institutus ille cuius nomen reperitur scriptum in quadam schedula relicta apud Guardianum Fratrum Minorum.

274 Ampliatur hæc conclusio, vt procedat etiam in omnibus Legatis, & Fideicommissis, in quibus si relinquatur aliquid, quod est expressũ in tali scriptura, tale legatum valet. ita firmat Bar. in d.l.si ita scripsero, cũ quo est cõmunis opinio, & verissima. de communi testatur Ias. in d.l. certum, nu.1.ff.si cert.pet. testatur Clarus in d.tract. de testam. quęstio.4.& quæst.36.& hanc ampliationem sequuntur posteriores.

Secũdo ampliatur procedere, siue sit relicta scriptura apud Guardianũ, siue apud aliquem religiosum, siue apud laicum, nam in quolibet verificatur; ita tenent DD. supra citati.

Limitatur modo habere tantum locum in testamento nuncupatiuo, vt audiuistis, non autem in solemni, vt testatur Clarus ex mente aliorum, in d.quæst.36.& 4.

Quæquidem limitatio probatur: nam in testamẽto in scriptis introductum est pro forma, quod nomen hæredis scribatur ab ipso testatore, vel coram testibus nuncupetur ab ipsis scribendum, d.l. iubemus, ibi, quod si nomen hęredis non fuerit manu testatoris scriptum, vel voce coram testib. nuncupatum, tale testamentum non valere nullo modo patimur. forma ergo non seruata testamentum corruit, iuxta l.qui Romę, §.Flauius, ff.de verbor. oblig. nec sufficit vt adimpleatur per ęquipollens, cum debeat in forma specifica adimpleri, l.qui hæredi, l.Mæuius, ff.de cond. & demonstrat.

Secundo probatur: si non valet testamentum in scriptis, quando nomen hæredis palam nuncupatum est corã testibus, multo minus in casu nostro, ubi tantummodo per relationem demonstratur: maior probatur ex l.fin.ff.de iure codicill. vbi dicitur, forma testamenti solemnis est, vt nomen hęredis scribatur. ait enim ibi Iulianus, tabulas testamenti non intelligi, quibus hæres scriptus non est. Vera est ergo hęc limitatio vt nõ procedat conclusio nostra in testamento solemni, sed in nuncupatiuo tantum.

275 Vltima colligitur Conclusio ex dictis Areti. an valeat testamentum factum uerbis balbutientibus ab eo testatore q antea solitus erat articulatè loq; In qua Conclusione dicatis, ualere testamentum factum uerbis balbutientibus, quotiescunque ex illis uerbis percipitur sententia testatoris sanæ mentis existentis: quam opin. tenuit glos. in l.quoniam indignum, C.de testament. quam sequuti sunt deinde Angel. & Imola, in l.in aduersa, ff. de testament. Angel. in l.in fraudem, §.5.de milit. testam. Eandem opin. sequuti sunt Petr. Cyn. Iacob. Butrig. Bart. & Bald. in l.iubemus, C.eod. Aret. in l.hæredes palam, in princ. ff.eod. & tandem est communis & uera conclusio, ut per Imol. in cap. cum tibi, extra de testament. quam sequitur Roman. cons. 306.nu.5, uideto etiã consulentẽ Ruinum plures auctoritates allegantem in cons.12. num. 8. cum sequent. uol.2. qui ex mente aliorum dicit neminem ab hac discedere opinione.

Probatur in primis ex l.quoniam indignum, C.de testament. & ibi notat Angel. ubi dicitur quod ille qui propter infirmitatem loqui non potest nisi balbutiendo, potest condere testamentum.

Secundo confirmatur ex l.si pater,§.fi.ff.de fideicómiss.libert. vbi dicitur;quędá cum esset in extrema voluntate constituta, dixit pręsente matre sua, vel quamplutibus alijs, Mæuiá & Sciam liberam esse volo, quo stante, quæritur an mater vel alius ea repudiante, intelligatur grauatus per fideicommissum Mæuiam & Sciam manumittere? & dicitur ibi quod sic,quia inquit I.C.ꝙ ipsa testatrix videtur ex illis verbis hoc petijsse ab hęredibus; ita dicendum est in casu nostro, quotiescunque testator propter infirmitatem factus est balbutiens, ita, vt non possit articulatè loqui,si tamen intelligi potest valebit testamentum.

Tertio deducitur text. in l.milites,C.de milit.testam. vbi milites in ipso conflictu possunt testari quomodocunq; volút, & ideo inquit tex.si quid in vagina,vel in clypeo literis sanguine suo rutilantib. notauerit,aut in puluere scripserit gladio,hanc voluntatem testabilem esse oportet dixit Constantinus Imperator, ergo & illius valebit testamentum qui non ita clarè loquitur propter mortis euentum tamen intelligi potest illius voluntas.

276 Quarto deducitur,balbutiens potest facere stipulationem quæ pro forma requirit verba,l.1.in prin, ff de verb.oblig.§.1.infra, de verb.obligat. glos.& DD.in l.mulier, ff.eod.de verb.obligat.ergo & testamentum condere poterit, in quo requiritur hæredis expressio,

Quinto moueor:semimortuus condere potest testamentum,dú tamen sanæ mentis sit, & verba intelligibilia proferat, DD. per illum text.in d.l quę indignum, C.eod.l. Pamphilo,§.propositum,ff.de leg.3.voluit in terminis Rom,d.cons.306.nu.5.ergo balbutiens proferens verba declarátia eius mentem,poterit condere testamentum,

277 Sexto & vltimo moueor:ná ille dicitur articulatè loqui,cuius verba exaudiútur,ac intelligútur,licèt testator nõ expresserit nomen hæredis,sed alius expressit, & ipse ad interrogationem responderit quod sic,vel per similia verba,tunc valet testamentum; ita firmát Mart. Silim. Petr. Cyn. Iacob. Butr, & Bart.& Angel.in d.l.iubemus,qui dicunt,quod ita intelligitur glos. in d.l.iubemus, at in casu nostro pro constanti verba intelliguntur ac exaudiuntur,ergo valet testamentum,

278 Limitatur hæc conclusio non procedere,quoties quis propter infirmitatem haberet linguá ingrossatam,adeo, quod sententia sermonis non esset intelligibilis, nam eo in casu testamentú non valet verbis balbutientib.& non intelligibilibus factum,ita limitationem hanc sequuntur DD. supra allegati; ita dixit Roman,cons.306.num.5. Ruin.d.consil, 12.num. 8. & 9. vol. 2. & in cons. 8.num.15.vol, 3. Ratio huius limitationis est, quia iste balbutiens æquiparatur mortuo. Item quia de facili posset cómitti fraus, vt inquit Aret. hic, & Bart.& alij,in d, l.iubemus. Et de hac limitatione est text.communiter allegatus in d.l,iubemus, in qua expressè cauetur,fieri non posse testamentum nutu,& alijs signis. Ad idem facit d,l.hæredes palàm,ff.eod.quæ limitatio adeo vera est, quod etsi testator condat testamentum inter liberos, siue quocunque modo, vel quacunque causa, tale testamentum non valebit,Ita DD.in locis supra pręmonitis. Et pro hoc facit text.in l.hac consultissima, §.ex imperfecto, C. eod. l.discretis, C.qui testam.fac.poss.per quæ iura concludunt DD.communiter,testamentum imperfectum esse quoties signis inusitatis factum est,præter quam in testamentu militari.

1 Ampliatur hæc conclusio haberè locum in legatis et fideicommissis particularibus,quę valent,etiá si testator fuerit ita balbutiens,vt intelligi non possit, cum & ipsa nutu fieri possint, l.nutu, vbi DD. ff.de leg.3. Ratio huius ampliationis est, quia non ita timetur fraus in fideicommissis,sicuti in institutione hæredis.

276 Secúdo ampliatur in testamẽto facto ad pias causas, secundú notata in d.l.iubemus, nam si testator non intelligatur,nec vlla verba proferat,tñ valet testamẽtum,quia illud,nutu, vel indicijs, & quibuscunque notis etiam inusitatis fieri potest; ita communiter firmát DD.in d.l.iubemus,in l.1.C.de sacrosanct.eccles.

Ex qua ampliatione noteris vnum,ꝙ testamentum ad pias causas magis videtur priuilegiatú quá testamentum conditum inter liberos, vel militare, cum istud fieri nutu possit, illa autẽ non, sed verba requiruntur: de qua re ego multú dubitaui;tamen, quia hæc est communis opinio, ideo cum ea pertranseo; pro qua facere videtur id ꝙ præsupponere videntur DD.in l.captatorias, C.de testa.in l.1. C.de sacros.eccles. videlicèt,ꝙ institutio captatoria valida sit fauore piæ causæ, cum tamen fauore militiæ non valeat. Canonistæ etiá hanc opin.sequuntur, in cap.cum tibi,extra de testament,

Confirmatur: quia in testamento militis testes debent esse rogati, l.diuus, ff.de milit.testam.at in testa.ad pias causas, fortuiti sufficiunt, cap.relatú, extra eod.tit.de test.dixit Euerard. in loco à milite, ad piam causam. Et hęc quo ad glos.de qua supra.

280 Accipio nunc glos.finalem,in verbo,tenorẽ,quę quidem recitat tenorem l.iubemus, C.eod.ideò eá aliter non diuido; pro ipsius expeditione dicitur in textu nostro,sed his omnibus, i.solemnitatibus; de quibus supra in textu, propter testamentorum sinceritatem,vt nulla fraus adhibeatur,additú est, vt per manus testatoris vel testium nomen hæredis exprimatur, & oĩa secundum illius tenorẽ procedunt. Quęro igitur vna cú gl.qualis sit tenor huius Cõstitutionis, qui scilicet ponitur in d.l.iubemus? Respondet glos.est autem tenor,quod si testator ipsemet scribere põt, debeat scribere nomen hæredis in testõ aliàs si nõ potest scribere, dicet corá testib. vt scribat per aliquá, vel per aliquos de illis, aliter nõ valet.imò falsi pœna tabelio tenetur, vt C.eod. l.iubemus,ibi enim dicitur, omnino testatorem siue res habeat ad scribendum, vt nomen hęredis in sua subscriptione,vel quacunque parte testamenti ponere habeat, vt sit manifestum secundum illius voluntatem hęreditatẽ transmissam esse: sin autem forsá ex morbi acerbitate vel literarú imperitia hoc facere minimè poterit,testibus testamenti præsentibus,nomina vel nomen hęredis vel hęredum ab eo nuncupari, vt omninò sciant testes, qui sint scripti hæredes. Quod si non fuerit obseruatum,vt nomen hæredis non fuerit testatoris manu scriptum, vel

voce

voce coram testibus nuncupatum, hoc testamentum stare minimè patimur; sed ne aliqua forsitan obliuio testium procedat, interdum pluribus hæredum nominibus expressis, ipsi testes in subscriptionibus, cum testator hoc non scripserit, sed nuncupauerit, eorum nomina scribere non differant ad æternam rei memoriam. Debet igitur testator manu propria heredis vel heredũ nomen exprimere in testamento, si verò non potest, debet nomẽ hæredis vel hæredum corã testibus nuncupare; qui deinde testes ad æternã rei memoriam illũ vel illos in suis subscriptionib. in eodẽ testamento appositis exprimere debeant; nec vr sufficere si aliquis testis illud scribat, sed omnes testes scribere debent, quicquid dixerit glos. dum dicit; & scribere per aliquem vel per aliquos de eis; quod probatur in d.l. iubemus, ibi, ipsi testes in suis subscriptionibus, cum testator hæc non scripserit, sed nuncupauerit eorum nomina subscribere non differant. Probatur istud etiam per text. nostrum, ibi, hoc additum est, vt per manus testatoris vel testium, nomẽ hæredis exprimatur.

281 Ex qua gl. Prima elijcitur conclusio, quod testatore non volente scribere manu sua nomen hæredis, debeant testes illud à testatore coram eis nuncupatũ in suis subscriptionib. apponere, vt probatur in textu nostro, et in d.l. iubemus. Sed istę postea solemnitates fuerunt sublatæ per Iustinianum; vt colligitur ex text. in Authen. Vt sponsal. larg. §. quia verò, et in Authen. eo non cõseruato, C. eod. erat.n. odiosum atq; etiam periculosum teste Viglio hic, & nos s. diximus super glos. in verbo testium, extremam hæredis voluntatem, quam secretam esse pręstat, tam multis testibus cõmittere, ideo indistinctè per alium scribere potest testator nomen hæredis, vt probatur in prædictis legibus.

282 Secunda colligitur conclusio ꝙ Notarius omittens in testamento aliquam solemnitatem, punitur pęna falsi; Ratio est, quia pręsumptio iuris & de iure est, quod falsum commiserit, ita est text. in d.l. iubemus, de qua infra; & sic non admittitur probatio in contrarium, cum sit iuris, & de iure. Debẽt scire iuniores, præsumptionem esse in duplici differentia, quædam enim est præsumptio iuris tantum, quædam est præsumptio iuris, & de iure.

Præsumptio iuris tantum est, super quam applicat animũ legislator ex verisimili, & præsumit ita esse, vt est gl. in l. tutor petitus, C. de pericul. tut. exẽplũ est, vt bonus semper pręsumatur bonus, l. omninò, ff. de inoff. testam. itẽ, ꝙ semel malus semper pręsumatur malus, in eodem genere mali, nisi contrarium probetur, l. 2. ff. de Senat. Itẽ ego peto exemplũ ab eo qui in iudicio allegat copulã carnalẽ esse sequutã, & inquit se illam probare: quia vidit in lecto solum cum sola, nudũ cum nuda, ex qua probatione lex præsumit copulã. cap. literis, extra de præsumpt. & vocatur vt dixi pręsumptio iuris; Hæc tñ præsumptio non est tam fortis, quin per contrarias probationes reprobari queat, cap. proposuisti, extra de probat. cũ probatio vincat præsumptionem, vt ff. de probat. l. si chirographum.

283 Pręsumptio iuris & de iure dicitur, quãdo legislator nõ solum animũ applicat, sed ẽt statuit super eã, ita, vt nõ admittatur probatio in contrariũ, l. fi. C. de arbit. tute. exẽplum est. Sempronius dicit matrimonium per consensum de pręsenti interuenisse; & probat sponsalia & copulam subsequentem, ex quib. præsumit lex consensum, cap. is qui, extra de sponsal. et cõtra ipsã vt dixi nõ admittitur probatio in contrariũ. ita declarat Ludouic. à Sar. in tract. de natural. lib. 4. de filiationis probatione, num. 3. & 4. Ioan. le Citier, in tract. de primogenitura, quæst. 11. 1. lib. num. 6.

Quantum igitur attinet ad hanc conclusionem, in duo capita illa distinguemus.

Primum erit, an dispositio l. iubemus, puniens Notarios testamentorum scriptores, loquatur generaliter de omittentib. omnes alias solemnitates testamentorum, an de eo tantum, qui omiserit solemnitatem illius legis.

Secundum erit Caput generalius, an tabellio omittens aliquam ex eis quæ in quouis testamento requiruntur, in penam falsi incidat.

284 Quod ad primam attinet, cõis est DD. opinio, ꝙ dispositio illius legis habeat locũ vbicunq; aliqua fuerit omissa testamentorum solẽnitas, vt per Ias. in d.l. iubemus, qui de communi testatur, se referens ad Bart. ita tenentẽ, in l. si librarius, ff. de reg. iur. et Bald. & Alex. in l. si post diuisionem, C. de iur. & facti ignor. ita ẽt refert Aret. hic, quã sequitur idẽ Ias. in addit. ad Port. & Ozer. hic, nu. 71. & de cõi testatus est Tob. hic, nu. 65. licèt ipse contrarium sentiat.

Quæ opinio communis probari posse videtur, quia nulla potest assignari ratio differentiæ, cur potius in omissione vnius tantum solemnitatis falsi pœna plectãtur Notarij, & non in aliarum solemnitatum omissione, ergo attenta identitate rationis, idem ius statuendum est, l. illud, ff. ad leg. Aquil.

Secundo probatur ex d.l. iubemus, dũ vult, pęna falsi puniri tabelliones, & eos qui in testamẽtis cõficiendis operã ponunt, quasi dolosè versantes: quę quidẽ ratio tanquã generalis ampliat dictũ illius legis, nõ solũ quo ad nomen hęredis per testatorẽ, & per testes exprimendum, sed etiã quo ad alias testamenti solemnitates: nam ratio generalis extẽdere solet dictum legis speciale, iuribus vulgatis.

Sed contra hãc opin. insurgit Tobias hic, nu. 65. tenens opin. contrariã: nam cũ Iustinian. introduxisset hanc testamentorum formã, vt nomẽ hęredis testator per suam manũ scriberet, vel nõ valens, faceret hoc propria voce nuncupando, & tunc testes in subscriptione subscriberẽt nuncupatum nomen hæredis à testatore, sed volens hoc exactè obseruari Imperator, minatus est tabellionibus & subscribentibus pęnam falsi non euasuros, si id non obseruauerint, quasi dolosè in re tantum necessaria versati. Ecce ergo dicit Tobias quod in omittente tantum solẽnitatem illius legis loquitur text. ille, & nõ in alijs solemnitatibus generaliter.

Sed respondeatis, negando, ꝙ id sit tñ introductũ gratia illius solemnitatis, & ratione dispositionis illius, sed causa euitandæ falsitatis, quæ causa illum exulẽ facit à Repub. inquit Imperator, ergo generaliter loquitur, & generaliter debet intelligi, l. 1. §. generaliter, ff. de legat. præstand. cum falsitas possit committi in testamento & in alijs solemnitatibus, argum. l. si quis legatum, ff. de fals. vbi om-

nimò falsum dicitur illud testamentũ, quod si adulterinum non esset, verum testamentum diceretur.

Secundo tamen mouebatur per l. si post legatũ, in princ. ff. de his quib. vt indign. vbi text. facit differentiam inter nõ iure factum testamentũ, & sic non solemniter factum, & falsum, vnde apparet, non iure factum testamentũ falsum non dici, ergo.

Respõdetur, quod licèt per omissionem solẽnitatis Notarius inciderit in pœnam falsi, tamen testamentum alio respectu non habebitur pro falso, vt tradit Barto. in l. si post diuisionem, ff. de iur. & facti ignor. & sequitur Alex. in d. l. iubemus, num. 6. & sic non obstat quod aliter consideretur testamentum falsum, aliter non iure & non solemniter factum, d. l. post legatum, non enim agitur de virib. testamenti, sed an de falso Notarius puniatur; ex quibus patet resolutio ad illationem Viglij, quod hodie non sit correcta d. l. iubemus, per Auth. vt sponsal. larg. in §. quia verò; nam hoc est falsum, non illius dispositionis causa tantum, sed totius testamenti; & sic habet etiam locum pœna falsi de qua in d. l. iubemus, qua cauetur, Notarios in testamentis solemnitates omittentes, pœna falsi multandos esse, habeat locum in omittente etiã alias solemnitates, & non in omissione illius tantum de qua in d. l. iubemus.

285 Ratio autem quare est apposita pœna falsi, adducitur hic per Aret. nam ex eo ipso quod patitur se dici notarium, & adhiberi ad testamenti confectionem, videtur seipsum approbare, & asserere se esse legitimum & peritum, argumento l. 2. & quæ ibi notantur, ff. quod quisque iur. culpa autem & vitium est, ignorare quæ in testamentis requiruntur, l. 2. §. Seruius autem Sulpitius, de reg. iur. ergo non mirum si pœna falsi plectitur ipse notarius; & idem videmus in medico esse statutum, l. illicitas, §. sicuti, ff. de offic. præsid.

Sed hæc ratio Aret. mihi bona non videtur, quia falsum non committitur sine dolo, l. nec exemplũ, C. de fals. ratio autem ista concludit in culpa, ergo non videtur bona.

Secundo hæc ratio in omnibus instrumentis militaret, præterquam in testamẽtis, quod est falsum, vt infra videbimus, ergo non est attendenda.

Dicatis ergo vos illam fuisse rationem, quam ponit Imperator in d. l. iubemus, C. eod. videlicèt, speciale esse hoc in testamentis, propter timorem fraudis, vt ibi, quasi dolosè in re tam necessaria versati.

Sed contra hanc rationem insurgit Bart. in l. librarius, de regu. iur. per illum text. quem refert hic Aret. vbi dicitur, quod illa omissio solemnitatatis dicitur potius error, quã dolus, & falsum non præsumitur sine dolo, d. l. nec exẽplum, C. de fals. nam circa ea quæ sunt iuris, non est dolus sed culpa, l. imperitia, l. culpa, de reg. iur. ergo Notarius pœna falsi non debet puniri.

Vndè ipse Aret. ex mente Bart. affert duas solutiones. Prima est iudicio meo vera, videlicèt, quod hoc sit speciale in testamentis, propter rationem fraudis, concordat tex. in l. iubemus, ibi, quod si dolosè, vt supra.

Nec obstat si dicatur, quod nulla est hic specialitas, vel si esset, deberet capi interpretatio vt testamentum valeret, argum. l. 1. C. de sacros. eccl. & testamenta fauorabilia sunt, d. l. 1. C. de sacros. eccles. Nam respondetur, quod hic non agitur de viribus testamenti, sed an Notarius de falso debeat puniri, nec ne.

Addatis, quod si de fauore tractaretur, fauor est vt testamentum valeat, quando talis est prima testatoris mens; sed tale testamentum non caret suspicione, d. l. iubemus, ergo etiam attẽto fauore ita deberet dici.

Secunda fuit ratio, quod solemnitas nec fuit obseruata, nec scripta, & tunc pœna falsi punitur, & ita procedat d. l. iubemus; aut fuit seruata, sed non scripta, & tunc procedat d. l. librarius; ita dixit ex mente Bart. Aret. hic, sed prima melior est.

Secunda est inspectio, an Notarius omittẽs in quocunq; instrumento solẽnitates requisitas, puniatur pœna falsi; Verũ, quia opinio hæc multas habet difficultates, & multi viri illustres contrariam opinionem tenuere, quod scilicet de falso non teneatur, meritò illam discuriendam existimauimus.

286 Sit igitur quæsitum, an Notarius omittens in instrumento confecto solemnitates requisitas, puniatur pœna falsi; & communis est opinio, quod sic, quam tenuit Alber. Angel. & Paul. Castr. in d. l. iubemus, & est magis communis opinio, vt testatur Tobias hic, nu. 66. quam etiam sequuti sunt Bart. in l. nulli. C. de nume. act. lib. 12. Anchar. in cap. causam, extra de testamen. Alciat. in tract. præsumpt. in præsumpt. 14. num. 12. reg. 3. & Richard. Cremonens. in suis Quæstionibus, in quæst. incip. Testes. Bald. in l. quoties, ff. de testamen. & Corn. in d. l. iubemus. Pro qua vnico mouentur medio DD. videlicèt; Quandocunque aliquis omittit ea, quæ ad officium suũ pertinent, censetur id dolo & fraude fecisse, glos. in l. cum ita legatur, §. species, de leg. 2. per l. fin. ff. de constit. reorum, & ibi glos. vbi dicitur, quod si in custodia morietur, censetur dolo et culpa custodientis mortuus, nisi contrarium probatum fuerit, cum defecerit in illo quod ad suum officium spectabat; & facit l. 2. ff. quod quisque iur. sed officium Notarij est solemnitates in contractibus apponere, & si non apposuerit, censetur dolo fecisse, vt per Bart. in l. si librarius, ff. de reg. iur. ergo tenetur de falso.

Contrariam tamen sequutus est Riminald. Fulgos. Corn. Alex. & Ias. in d. l. iubemus, & Alex. in
287 d. l. si librarius, de reg iur. Hippolyt. de Marsil. in Rubr. de fideicommiss. num. 56. Vigl. hic, & est etiam hæc communis opinio quæ

Primò probatur, arguẽdo ex d. l. iubemus, quando aliquid specialiter in aliquo actu disponitur, tũc secùs est in alijs, sed specialiter, est statutũ, quod in testamento in quo Notarius omittat solẽnitates, punitur de falso, ergo contrarium erit in alijs actibus. Maior probatur in l. ius singulare, ff. de legib. Minor in d. l. iubemus, ibi in tam causa necessaria, quasi dolosè versati, vndè à contrario sensu secùs erit in alijs instrumentis, cum odia sint restringenda.

Ego verò qui sequor aliam opin. respondeo Primò ex mente Ozer. quod in testamento nulla est specialitas, & si qua esset, deberet capi illa interpretatio,

pretatio, per quam testamentum valeret, cũ piũ sit vltimum elogium exitum habere, l. 1. C. de sacrosan. eccles.

Sed hæc responsio nihil valet, quia hic non tractatur de viribus testamenti, sed an Notarius puniri debeat de falso, nec ne, addito, quod si tractaretur de fauore testamenti, testamentum valeret quo ad voluntatem testantis, sed illud non careret suspicione, d. l. iubemus, in prin. vndè, hæc resolutio non placet.

Alij tamen ex moderniorib. perpendentes hanc responsionem non bonam esse, alio modo respondebant, argumentum à contrario sensu, ex d. l. iubemus, accipi non posse, ex eo, quod resultaret absonus intellectus, & quando resultat absonus intellectus, non potest præsumi argumentum à contrario sensu, ita Decius post alios, in l. 1. ff. de offic. eius.

Sed nec ista etiam responsio est admittenda; nã non videtur quod ex eo argumento resultet absonus intellectus, imò bonus, cum æquũ sit, quòd qui deficit in eo quod est sui muneris, puniatur; & si quis diceret, ꝙ resultat absonus intellectus, cum pœnæ multiplicentur, imò lex ipsa hoc expressit, postquam dixit, illum qui deficit in eo quod pertinet ad sui officium, debere puniri de falso, l. fin. C. de custod. reorum.

Tertio igitur dicatis vos, quod in testamento nulla est specialitas; Nec obstant illa verba, in re tam necessaria, quasi dolosè versati; quia non inconuenit quod aliquid contineatur sub Regula generali, & de eo fiat specialis mentio, l. item apud Labeonem, §. hoc edictum, §. de reg. iur.

Hæc responsio videtur alijs tutior, attamen mihi planè non satisfacit: quia ille text. multum stringit in illis verbis, in re tam necessaria, secùs esset in alijs, quasi ita dicat textus.

Vndè, relictis DD. ambagibus, dicatis, quod speciale est in testamento, sed hæc specialitas non versatur circa hoc, quod Notarius solum in testamento teneatur de falso, sed in hoc quod præsumatur falsarius præsumptione iuris & de iure, contra quam non admittitur probatio in contrarium, vt dicunt DD. in l. fin. C. quod metus causa; in alijs autem actibus Notarius præsumitur falsarius, sed non præsumptione iuris & de iure, & ideo potest probari contrarium per ipsum; & hæc videtur vera intelligentia illius text. vnde non obst. primum argumentum.

288 Secundo tamen pro communi adducitur per DD. falsum non committitur sine dolo, sed dolus non præsumitur, ergo potius errori quàm dolo adscribetur. Maior probatur in l. nec exemplum, C. de fals. Minor probatur in l. quoties, §. qui dolo, ff. pro soc. vbi qui dicit aliquid dolo factum esse, debet dictum hoc clarè probare, et maximè in Notario procedet, in quo potius error præsumitur quã dolus, ut dixit Bart. in l. quoties, §. 1. ff. de hæred. instit. Bald. in l. 1. ff. de leg. & in l. iubemus, C. eod. & est communis opinio.

Respondetur, quod dolus non præsumitur nisi probetur, nisi quis committat aliquid de pertinentibus ad officium suum, per text. in d. l. fin. vbi glos. C. de custod. reorum, sed errauit in alio, vt, quia plus dictum fuerit, & minus scriptum, iuxta text. in d. l. quoties, §. 1. at hic commisit in eo quod erat sui muneris, ergo dicitur esse in dolo. Ad id quod dicitur in Notario non præsumi dolum, verum est, nisi cõmittat aut malè versetur circa ea quæ ad se, & suum officium pertinent, Bart. in l. librarius, ff. de reg. iur.

Tertio facit illa: de quibus nulla lex loquitur, admittenda non sunt, sed præterquam in testamento à nulla lege expressum, ergo non debet admitti. Maior probatur in l. illam meritò, C. de collat. Minor patet: quia non inuenitur in corpore iuris, textus hoc dicens.

289 Respondetur, quod duplici modo loquitur lex, verbis l. & mente, l. nominis & rei, ff. de verb. signi. tamen dico, quod quamuis hoc non dicat verbis expressè, Notarium esse falsariũ, vel præsumi, tamen ex quo dicit, quod si quis omittit ea quæ ad officium suum pertinent, præsumatur falsarius, ex his verbis colligitur, quod Notarius debet talis haberi ex mente legis, non ex verbis expressis.

Quarto conficiens instrumentum non solemne, punitur alia pœna q̃ falsi, ergo non punitur de falso. Maior probatur in l. omnes, C. de petit. bon. subl. lib. 18. Consequentia probatur: quia pœnæ non sunt multiplicandæ, d. cap. odia, de reg. iur.

Respondetur, quod quando aliqua lex statuit pœnam, tunc non attenditur pœna falsi, ne quis duabus puniatur pœnis, & vt fiat mitior interpretatio quàm fieri possit, argumento l. præses, ff. de pœn. modo cum in d. l. pen. à lege imposita sit pœna ille qui scripserit bonorum impetrationem, non habet secum pœnam falsi.

Secundo dicatis, quod ille text. non facit ad propositum, quia ibi punitur scribẽs impetrationem, licèt solemnis fuerit, nos verò loquimur in instrumentis non solemnibus, ergo non obstat.

290 Quinto deducitur text. in l. librarius, ff. de reg. iur. vbi si Notarius scripserit stipulationem non secundum iuris solemnitatem, dummodo esset ritè à partibus facta, illa stipulatio valet, & reus obligatur. Ecce ergo ꝙ non refert an Notarius scripserit actum solemniter, vel non.

Respondetur per nonnullos ad hunc text. quod tunc Notarius punitur de falso, quando non scripsit reseruatas solemnitates in testamento, at ibi non scripserat solemnitates reseruatas in testamento, ergo non est mirum si non puniatur de falso; Sed hanc responsionem optimè iudicio meo impugnat Ozer. nam grauius est vt ipse dicit occultare veritatem quàm falsitatem in veritatem deducere, l. 1. §. 1. ff. ad Turpill. Alex. in apostill. ad Bart. in l. quoties, ff. de hæred. instit. per textum in l. Titius, ff. de liber. & posth. vnde si non punitur quando non scripsit, ergo tanto magis quando scripsit, tamen non solemniter.

Secundo & melius dicatis vos, quod ille text. non facit ad propositum, quia nos non quærimus de validitate actus, sed an Notarius teneatur de falso: ibi verò de validitate actus, ergo. Ex his firmo hanc opinionem contra communem, quod Notarius omittens solemnitatem in instrumẽto, puniatur de

tur de falso, sicuti in testamento punitur.

Voom tamen non omitto, quod Tobias hic, num.66. conatur distinctionis fędere reconciliare istas duas opiniones, videlicèt; aut solemnitas omissa spectabat ad officium Notarij, aut verò pertioebat ad partem: Si spectabat ad officiom Notarij, tuoc procedat opioio magis communis, quod puniator de falso, ex quo Notarius profitetur se esse peritum, & tamen igoorat quæ pertinent ad eius officium, vnde dicitur esse in dolo, iuxta text. in l.a.ff.quod quisq; iur. Si verò solemnitas omissa spectet ad partem, vt institutio filiorum, exheredatio, & aliæ huiusmodi solemnitates, tunc noo punitur de falso, & procedat opinio communis.

Cogitate tamen Domini super hac reconciliatiooe, quia aliquantulum videtur restrictiua, & de facili potest euerti, breuitati tamen consulens vlteriùs oon insisto.

Et ex ijs ad laodem Dinini numiois sit expliceatum Principium tit. nostri de testament. qood interpretandum hoc anoo accepimus.

REPERTORIVM AD §. Possunt autem, De testam. ordin.

Quoniam



QVONIAM in hoc textu explicando agendum est de signaculis in testamento apponen-
1 dis, ideo ante omnia præfari nos oportet in iure nostro annulum multipliciter accipi, variaque significata cõtinere.

Primo enim accipitur annulus pro signo cuiusdam adeptæ dignitatis, qui à nonnullis fuit appellatus annulus Equestris, quem gerere solebant antiquitus apud Romanos illi, qui erant Equestris ordinis, de quo loquitur Plin. lib. 33. cap. 1. & Bud. in Pandect.

Secundò accipitur pro eo annulo quem gerebant Libertini in signum restitutę libertatis, mos enim erat apud antiquos quod volente patrono à Principe concedebatur annulus per quem habebant imaginem, vel signum semiplenæ ingenuitatis dum viuebãt, ideo autem dico imaginem, quia non propriè ingenui dicebantur; sed habebant quandam ingenuitatis similitudinem, l. fin. C. de iure aureorum annul. quæ similitudo faciebat eos haberi pro ingenuis, quo ad multa, videlicèt, quo ad tutorem ingenuum habendum, quod aliàs non fuisset concessum, l. cum ex oratione, ff. de excusat. tutor. Secundò quo ad dignitates, et honores acquirẽdos, l. 2. C. ad leg. Iul. Viscell. vbi liberti puniuntur criminaliter appetentes tales dignitates, si non habebant ius aureorũ annulorũ; hodie aũt non est necesse tale ius impetrari à Principe, cũ ex natiuitate libertatis in consequentiam veniant, §. 1. Authent. Vt liberti de cætero non indigeant. tertiò, quia contrahunt matrimonia cum nobilibus, & in multis etiam casibus reputantur vt liberi, dixit gl. in l. pen. ff. de iure aur. annul. tradidit hæc Paulus de Cittadinis, in tract. de iure patron. 1. part. nu. 7.

2 Tertiò accipitur pro annulo matrimoniali, qui dicitur pronubus, quo sponsa desponsatur, iuxta text. in cap. feminæ, 30. q. 5. vbi dicitur, quod in primis nuptijs annulus à sponso sponsę datur, vel propter mutuæ dilectionis signum, vel vt magis eorum corda eodem pignore iungantur, de quo loquitur Aul. Gell. Noct. Atticarum, lib. 10. c. 10. & Alciat. lib. Parerg. 8. cap. 10.

Quartò & vltimo accipitur pro annulo signatorio, de quo in l. signatorius, ff. de verb. signif. quo annulo apud veteres signabantur epistolæ, testamenta, atque etiam aliæ res preciosiores custodiæ causa, l. cum pater, §. pater pluribus, ff. de leg. 2. & de hoc annulo fit mentio hic per Imperatorem; & in his terminis est text. in l. ad testium, §. signum, ff. de testam. cum similibus deducendis.

3 His pręmissis, diuiditur text. iste in tres partes, secundum DD. communiter, in Prima ponitur dictũ; in secunda ratio, in tertia ex ea ratione infertur ad aliud dictum. Secunda ibi, quid enim, tertia ibi, sed & alieno.

In compendium redigitur, testes possunt signare testamentum suo vel alieno annulo, vno vel pluribus; quòd summarium amplectitur Port. hic.

Facti species ita potest effingi. Dictum est supra in genere & consultè de omnibus testamenti solemnitatibus, ibique dictum est iure honorario septem signacula esse necessaria: quęro, cum variè homines testamentum signent, vno, vel pluribus sigillis, eiusdem, vel diuersi caracteris, verum sit necesse ad hoc vt signatio indicetur rectè facta, vt omnes possint signare testamentum vno annulo?

Et videretur concludendum pro parte negatiua, dubiumque faciebat.

4 Primò, quoniam in testamento septem testium signa requiruntur, vt supra in princ. in vers. iure enim honorario, sed septem diuersi sunt testes, ergo debẽt etiam esse septem signa diuersa, vt accessorium sequatur naturam sui principalis, c. accessorium, de reg. iur. in sexto.

Secundo augetur difficultas: quia signacula adinuenta sunt, vt aliquid signandum difficilius falsificari possit, & ideo adinuenit ius prædictam signaculorum solemnitatem, vt vnusquisque signaret testamentum timore falsitatis, ne falsitas aliqua in eo committatur, & sic in re tam necessaria vbi agitur de toto nostro patrimonio, l. 1. C. de sacros. eccles. sed signando testamentum pluribus annulis, pluribusq; sigillis, difficilius falsificari potest, ergo videtur, quod vno annulo testamentum à testibus signari non possit.

5 Tertio & vltimo dubium facit text. in cap. Inter dilectos, de fide. instrum. vbi dicit Summus Pontifex, quod signum debet habere nomen & arma signantis, vel alia ex quibus cognosci possit cuius sit signum: sed hic cum omnes vno annulo signent, non erunt ipsorum testium nomina, neque arma in sigillis, ergo videtur quod omnes non possint signare testamentum vno annulo.

Quib. tamen minimè obstantibus, contrarium decisum fuit in hac prima parte, quod vno annulo omnes signare possint testamentum; & pro ratione decidendi adducitur primo loco authoritatem Papiniani, quæ habet similem rationem: existimauit enim vir ille acutissimi ingenij, posse signari testamentum septem annulis vnius sculpturę, quod idem est, ac si vno annulo fuerit signatum testamentum; nam si septem fiant signa vno annulo, & septem, septem annulis eiusdem sculpturæ, nullus intelliget, vtrum septem annulis illa signa sculpta sint, an vno tantum.

Secunda est ratio decidendi secundum eum, quia s. possunt etiam alieno annulo signare testamentum, quæ ratio accommodatur dicto, hoc pacto: si testes possunt alieno annulo signare, iam datur intelligi, quod non est necesse vt signent sigillo habente suum nomen, vel ipsius insignia, & si hoc ita est, tunc non refert vno, vel alio annulo signent.

6 Sed quoniam illæ rationes sunt magis persuasiuæ, quam necessariæ, nituntur enim authoritate, operę precium est, vt inuestigemus substantiam & rationem huius decisionis, quæ iudicio meo est talis; Ideo possunt testes vno annulo signare testamentum, quia præter signacula, sunt necessariæ septem subscriptiones, vt s. in princ. Item, recognitiones, l. si quis ex signatorib. ff. quemadmod. testam. aper. quę quidem debent continere nomen heredis, & qualiter, & cuius testamentum signauerint, d. l. pen. ff. de test. septem ergo subscripsiones indicabunt, septem testibus signatum esse testamentum,

vnde

vnde res perinde se habebit ac si septem signis nomen signatorum, & insignia habentibus testamentum fuerit subsignatum.

Stante modo hac vera, & necessaria ratione decidendi, non obstant in contrarium deducta, &

7 Primo dum dicebatur, quod accessorium regulatur secundum naturã sui principalis, sed septem requiruntur diuersi testes, ergo & septem diuersa insignia: quia respondetur, quod istud argumentum procedit, quando est eadem ratio in accessorio, quæ in principali, sed secus est vbi diuersa fuerit ratio, prout in casu nostro: nam ideo requiruntur septem testes, vt probent testamentum, non autem requiruntur septem signa diuersa, quia subscriptiones vt dixi, tollunt omnem suspicionem, quæ circa hoc posset contingere.

Secundo non obstat quod cum pluribus sigillis signatum fuerit testamentum, difficilius falsificetur, ex quo quilibet testis debet suum signum recognoscere, & eo recognito, attestari, præsertim cum concurrant aliæ solemnitates, quibus adhibitis testamentum nullo pacto falsificari potest, vide licet, si subscribant testes se testamento adfuisse, & cuius sit testamentum.

8 Tertio & vltimo non obstat text. in cap. inter dilectos, de fide instr. quia aduertendum est, quod loquitur de priuilegio Principis, in quibus priuilegijs fides eorum multum pendet à sigillis concedentium, vt sentit glos. ibi, in verbo, dilectos, secus in testamento, quia fides testamenti non dependet principaliter à sigillis testium, sed à subscriptionibus, & recognitionib. vt supra diximus; & ex ijs firma remanet decisio tex. nostri, videlicet, quod vno annulo omnes signare possint testamentum.

In vltima parte text. quærebatur, an alieno annulo testamentum signari possit per testes? & pro ratione dubitandi videbatur dicendum quod non.

Primò per tex. in l. decernimus, C. de aquæduct. lib. 11. vbi dicitur, quod est apponendũ proprium signum, & si non fuerit appositum, sed alienum, instrumentum illud super quo fecerit signum alienum, reddetur falsum.

Secũdo dubium faciebat: nam sicuti testis vnus nõ potest subscribere ꝑ alio, nec ꝑ alio sigillare, vt firmat Aret. hic, num. 1. ergo nec vti sigillo alieno.

Tertio vtens alienis sigillis, incidit in pœnam falsi, qui enim alieno vtitur annulo dicitur adulterino vsus sigillo, §. item lex Cornelia, infra, de public. iudic. l. eos, §. vltimo, ff. de fals.

9 Quarto & vltimo quod non possint vti alieno annulo facit arguendo à sufficienti partium enumeratione, l. patre furioso, ff. de his qui sunt sui: nã aut signum apponitur vt plenam fidem faciat, aut solummodo vt recognoscatur à signante. Primo casu non potest vti alieno, sed proprio sigillo, aliàs ei fides non adhiberetur; §. nos, §. signum, in Auth. ad Trebell. in princ. Fab. hic, nu. 5. Secundo casu si apponitur tantum vt recognoscatur à signante, debet etiam proprio annulo signari, cum memoriæ facilius signum proprium quàm alienum retineatur, argumento l. fin. C. de hæred. instit. vbi dicitur, quod nemo est tam supinus, quod suum nomen ignoret,

His tamen non obstantibus, contrarium decisum est per Imperatorem in textu nostro, quod imò alieno annulo possit signari testamentum. Et ratio decidendi colligitur ex tex. nostro: quia quem admodum potest testamentum signare septem annulis, siue sigillis vnam sculpturam & imaginem habentibus, ita quoque alieno annulo signari potest testamentum. Qua ratione decidendi stante, non obstant in contrarium adducta, &

10 Primò, dum dicebatur, quod quilibet debet proprium signum apponere in instrumento non autem alienum, aliàs instrumentum viciaretur: Nam respond. Fab. hic, quod in materia in qua fuerius, sufficit signare sigillo, quòd non habeat proprium caracterem, quia illis sigillis, quæ apponuntur in testamentis, non adhibetur plena fides, sed solummodo apponitur ad finem quod testes sigilla sua recognoscant, & illis recognitis, attestentur, vt ff. quemadm. testam. aper. l. si quis ex pugnatoribus, sed in contractibus, & in omnibus alijs causis, in quibus fides adhibetur sigillo tanquam authentico, est secus: quia tunc requiritur quod habeat caracterem illius, & nomen, & ita procedunt iura supra deducta, quæ non loquuntur in testamentis, sed in alijs casibus, in quib. plena fides adhibetur sigillo tanquam authentico, merito est ibi proprium signum apponendum.

Secundo nõ obst. dum dicebatur: sicuti testis non potest pro alio subscribere, nec etiam pro alio sigillare, ergo nec vti annulo alieno: nam respondetur, quod non valet consequentia, nam de maiori ad minus non valet argumentum negatiuè, l. relegatorum, ff. de interd. §. pen. & in l. magistratus, ff. de iurisd. omn. iud. & ideò dicit Barto. in d. §. penult. quod cui est maior effectus prohibitus, potest accedere ad minorem; quod autem sit maior, probatur: quia tunc, quãdo quis pro alio signaret, non diceretur ipse testis signare, secus quando testis vtitur alieno annulo, nam tunc nihilominus illa signauit.

11 Tertio non obstat dum dicebatur: quod vtens alienis sigillis incidit in pœnam falsi. Nam respondetur, quod procedit, quando adhibetur plena fides, & dolosè quis illo vtetur, & malitiosè, vt sibi crederetur: nam tunc incidit in pœnam falsi, quia adest dolus, l. nec exemplum, C. de fals.

Quarto & vltimo non obstat dum dicebatur aut signum apponitur vt plenam fidem faciat, & tunc non potest vti alieno annulo; aut facit tantum vt recognoscatur testamentum, & tunc non potest vti etiam alieno; nam respondetur, quod ipsa signa non adhibentur ad plenam fidem faciendam: nam tunc idem quod in Notario diceretur, sed vt recognoscantur à testibus, quia signa recognosci possunt, aut ex protestatione, aut ex subscriptione, quando quis protestatur se non vti annulo proprio, vel quando subscribit se alieno annulo signatorum, de quibus infra videbimus quomodo procedant.

12 Ex hoc textu Primò notandum est, quod omnes testes vno annulo possunt signare testamentum, vt expressè dicitur in textu nostro; ratio est, vt in eo dicitur, quia sicuti testamentum potest signari septem

pi septem annulis vnam sculpturam, & imaginem habentibus, ita etiam vno annulo signari poterit; ita notant Fab. Aret. Port. & alij. Concordant notata per DD, in l. ad testium, §. signum. ff. de testa.

Ampliatur istud notabile, quod non solum vno annulo, sed etiam pluribus septé, vel paucioribus, vt puta tribus, vel quatuor, signari potest testamentum. Sed quidam dixerunt, vel cum septem, vel cum vno signari debere, vt videbimus super glo. in verbo, visum est.

Secundo ampliatur, vt procedat in quocunque alio instrumento caracteres habente, & sic alio signo quam annulo, varié enim homines signant, vt dicit I.C. in l. ad testium, §. signum, ff. de test.

Secundo, notatur, paria esse, signare testamentű vno annulo, vel signare pluribus habentibus eundem caracterem: ratio est, quia eadem ratio militat in vtroque casu, vt tradimus in rationibus dubitandi: & vbi militat eadem ratio, ibi & idem ius esse debet, l. ratio, ff. de verb. oblig. l. illud, ff. ad leg. Aquil.

13 Vltimo loco notatur ex mente Scribentium hic, quod licet alieno annulo signare testamentum vt in textu nostro dicitur; concordat text. in l. si vnus, C. de testam. l. ad testium, §. si ab ipso, ff. eod. Quod ampliatur primò vt non solum testibus liceat signare testamentum annulo alterius testis, vel extranei, sed etiam annulo ipsius testatoris, vt probatur in d. l. ad testium, §. si ab ipso, ff. eod. vbi expresse dicitur, quod si ab ipso testatore annulum accepero, & signauero, testamétum valet, quasi alieno signauerim. Secundo ampliatur, vt non solum testamentum, sed etiam epistola, & litteræ alieno annulo signari possint, prout tradit Bartol. in l. si procuratorem absentem, ff. de procurat.

Limitatur modo vt procedat, si testes suum annulum non habeant, secus verò, si ipsi suum haberent annulum, quia tunc non posset signari testamentum alieno annulo, sed suo vti deberet; & ista fuit opinio Innocentij, in d. cap. inter dilectos, de fide instrum. & Speculat. in tit. de probat. §. videndum, in versic. & nota; quod dictum videtur satis rationi congruum, cum enim habeat proprium annulum, alium quærere non debet, arguméto l. in causæ, la 2. ff. de minor.

Sed istam limitationem reprobat Aret. in d. l. ad testium, §. si ab ipso, ff. eod. & contra eum videtur obstare tex. noster, dum vult posse signari testamentum vno annulo, vel septem annulis habentibus eandem sculpturam, ergo licèt aliquis testis habeat suum sigillum, adhuc tamen potest vti alieno, ex quo potest vno, vel pluribus sigillis testamentum signari, vnde hęc limitatio non videtur tuta.

Vos tamen teneatis, quicquid dixerit Aret. hanc limitationem esse veram: sed tamen non per hoc teneatis, quod si aliquis testis posset habere suum, & vtatur alieno, quod testamétum viciaretur; nam hęc dicitur modica, et leuis solemnitas, cuius omissio non viciat actű, l. 1. §. fi. ff. de ventre inspic. cum ibi notat.

14 Secundo limitatur d. notabile, vt procedat ita demum, si testis qui vtitur in signando testamento alieno annulo, hoc in subscriptione dicat, qualiter ipse vtitur alieno annulo, & ita est communis opinio Docto. ita vt per Aretinum, Portium, Plate. & Ozer. dixerunt, Bartol. Paul. Castr. & alij, in d. l. ad testium, §. si ab ipso; Eandem opinionem sequuti sunt Salic. & Riminal. in d. l. iubemus, C. eod. Speculat. in tit. de probat. §. videndum, versic. & nota, & Innocent. in c. 2. extra, de fide instr. Quę opinio communis probatur

Primo loco; Qui alienis vtitur annulis sine potestate, in legem Corneliam de falsis incidit, l. eos, §. fin. ff. de falsis at iste testis vtitur alieno sigillo, ergo pœna falsi est plectendus; vnde ad euitandam pœnam falsitatis, est opus protestatione.

Ego qui sequor opinio. contrariam respondeo, quod falsum non committitur sine dolo, l. nec exemplum, C. de fals. sed iste cum signet sine dolo, & fraude, non potest incidere in pœnam falsi, id autem supra deductum, procedit, quando quis dolosè vteretur.

Nec obstat si quis adhuc explicaret, dicendo, quod ex eo quod iste testis non potestatur, præsumitur dolo facere, & dolus potest indicijs probari, l. quoties, §. qui dolum, ff. de probat. l. dolum, C. de dolo malo, ergo erit in dolo præsumpto.

Nam adhuc rursus respondet, quod ex quo ipse signat illud lege permittente, non potest dici esse in dolo, l. Gracchus, C. de adulter. quod autem agat lege permittente, patet; quia lex permittit vti annulo alieno, vt in textu nostro.

15 Secundo deducitur pro opin. communi testes debent recognoscere sigilla quibus testamentum signauerunt, sed si testis signaret alieno annulo sine potestatione, facile esset, vt non recognosceret sigillum, cum suum non viderit, & hominű memoria sit labilis, l. peregrè, ff. de aeq. poss. ergo est necessaria potestatio, Maior probatur in l. cum ab initio, & in l. sed & si quis, ff. quemad. test. aper. Minor probatur in l. 2. §. sed si quid, C. de veteri iure enucl. & in d. l. peregrè.

Respódet Tob. hic, quod licèt facilius quis recognoscat signa sua quam aliena, item, facilius recognoscat, quis signum alienum, si de hoc in subscriptione sua fecerit mentionem, non tamen sequitur ex hoc, vt debeat omninò subscribere, præsertim, cum ex sua subscriptione admoneri de hoc poterit: vos enim scitis, quod testis omninò, tenetur signare testamentum, & postea subscribere, vt quis ipse sit, & cuius testamentum signauerit constare possit, l. ad testium, §. si quis ex testibus, ff. eod. l. pen. ff. eod. ergo ex illa sua subscriptione quam facit, rectè recognosci & recordari poterit.

Secundo respondetur, dato, quod de facili obliuisci possit, si non scribat protestationem, non tamen negatur, quod possit sine potestatione recordari. Concluditur ergo, quod facilius & tutius est protestari, cum facilius recordari de hoc possit, quod Faber non negat, nec Vigl. immo asserunt, adeò, quod non concluditur quod necessaria sit protestatio.

16 Contrariam tamen opin. tenuerűt Salic. Corn. & Alex. in l. si vnus, C. de testam. Aretin. in d. l. si ad testium, §. si ab ipso, ff. eod. Faber hic, quem sequutus est Vigl. & Moder. Pataui. num. 2 eandem

dem opinionem tenuerunt Tobias hic, num.4.& quidam Nouissimi quorum Commentaria circumferuntur, quòd imò possit testis uti alieno annulo in signando testamento, neque habeat necesse huius rei mentionem facere in subscriptione; quam opin. ego etiam libētissimè assequor, & pro illa moueor

Primò ex generalitate text. nostri, Lex enim generaliter loquens, generaliter & indistinctè intelligitur, l.1.§. generaliter, ff.de leg.præstand.sed text. noster generaliter vult posse testes in signando testamento alieno vti annulo, siue sigillo, ergo generaliter & indistinctè debet intelligi, quomodocunque eo vtatur, licèt nihil expresserit in subscriptionibus, & licèt non fuerit protestatus se velle vti alieno annulo, non enim est verisimile quod si hoc necessarium esset, Imperator illud omisisset.

Secondò moueor: quia id quod nulla lege, vel ratione probatur, necessarium esse non videtur: id enim quod Lex nō dicit, nec nos dicere debemus, quia erubescimus cum sine lege loquimur, l.illam merito, C.de collat. §. consideremus, in Auth. de triente & semisse; Sed nulla lege vel ratione probatur debere testes qui alieno vtuntur annulo in signando testamento, de hoc facere mentionem in subscriptionibus, ergo id postea necessarium esse non videtur.

Tertio cōsiderat Salicet.pro hac opinione quod fortasse opinio communis posset procedere in illis casibus, in quibus fides adhibetur sigillo tanquam authentico, vt in d.cap.inter dilectos, sed in casibus in quibus sigillis non adhibetur fides, contrarium sit verius, vt est in casu nostro, in quo talibus sigillis non adhibetur plena fides, sed solum apponuntur ad testamenta, vt testes ipsa recognoscant, & ipsis cognitis attestentur, d.l.cum ab initio, d.l. si quis ex signatoribus, ergo.

17 Quarto confirmatur: Lex circuitus & difficultates euitat, vt facilius actus exitum habere possit, l. dominos testamento, ff.de cond. & demonstr. & lex amat simplicitatem, §.cæterum, supra, de legit.agna. success. ergo talis circuitus, & difficultas euitanda est, videlicèt, vt teneantur in subscriptione attestari se alieno annulo vti velle; & maximè, ne probationum materia coangustetur in vltimis voluntatibus, l.quoniam, in fine, C.de heret. & Manich. ne fortè propter huius omissionem testamentum corruat.

Quinto & vltimo comprobari posse videtur, quoniam proculdubio istud non fuisset omissum in legibus, si ex eo testamentum viciari potuisset, imò I.C. in l.pen. dum declarat quid debeat continere subscriptio testium, inquit, quod debet continere nomen subscribentis, & nomen testantis, & qualiter subscribens etiam signauerit, non autem facit illā distinctionem inter casum, q̄ò signauerit alieno annulo vel proprio; Vndè per hęc cōcludo hanc opinionē contra communem veriorem esse.

18 Possumus tamen reconciliare has duas opiniones contrarias, vt dicamus, quod quando adsunt vrgentia indicia, quod testis dolosè, & cum fraude omiserit protestationem, tunc punitur de falso, manente tamen firmo testamento, & ita procedat opinio communis seu limitatio, in qua dicebatur, quod testis signans testamentum alieno annulo, tenea tur de hoc protestari, aliter punitur de falso. Si verò non adsunt urgentia indicia, quod testis omiserit protestationem cum dolo, & fraude, tunc non punitur de falso, sed valet; & in his terminis procedat opinio cōtra communem, dicens testem posse signare testm̄ alieno annulo absque aliqua protestatione; Vndè, ex his fit firma hæc limitatio.

19 Tertio limitatur prædictum notabile, vt procedat in teste tantum, quia testis benè vti potest alieno annulo in signando testamēto, istud tamen non procederet in notario, qui suum sigillum in instrumento apponere debet, non autem alienum, & ita dicit Aret. hic, quem alij communiter sequuntur, & pro hoc allegat Aret. tex. in §.oportebat, in Auth. de fide instrum. & alia iura, de quib. per eum hic, & per Bart. in l.ad testium, §. si quis ex eo, ff.eod. aliàs incideret in pœnam falsi, l. Lex Cornelia, ff. de fals. cum ibi notat.

Ratio est: quia ei adhibetur fides, vt in §. nos autem, & in §. signumq; in Auth. de tabellion. Sequitur Fab. hic, nu.5. Port. num. 10. vndè Aret. extendit etiam hanc limitationem, vt procedat in quolibet alio signo authentico & publico, & demū, talis qualitatis, vt ei plena fides adhibeatur, ubi sit eadē ratio, sicut in Notario alicuius etiam Collegij, uel Vniuersitatis; tunc enim debet sigillo suo uti, non alieno, d.§.oportet, & de huiusmodi signis Aret. se remittit ad notata per Bart. in l. si Publicanus, §. ff.de pub. & in l. si procuratorem, ff.de procur. & Bald. & alij DD. in l. consentaneum, & ibi gloss. C. quomodo & quando iudex, & in l. si quem per calumniam, C.de episcop. & cler. Concludit is igitur, uerissimam esse d. limitationem in puncto iuris; sed tamen non est recedendum à consuetudine, quæ est optima legum interpres, l.si de interpretatione, ff. de leg. ita firmat Aret. & benè iudicio meo, ut est uidere in Auth. vt prępo. nomen Imper. in princip. & quæ ibi notantur; & sic remanet declarata ultima limitatio tradita ad hoc notabile.

20 Infert incidenter Aret. hic ad quęst. nunquid si unus testis qui potest alieno uti annulo, possit pro alio sigillare testamentum? & ipse tenet partem negatiuam, quam tenuerunt Bart. Bald. & Paul. Castr. in l. ad testium, d.§.si ab ipso, ff.eod. quos sequuntur hic cęteri posteriores, & est opinio communis antiquorum; Pro qua

Primo deducitur secundum eos text. in l. pen. ff. eod. ubi dicitur; quod unusquisque testis debet scribere, quid, & cuius testamentum signauerit in proprio chirographo; & licèt iste text. loquatur in subscriptione tantum, tamē DD. extendunt etiam in signatione, uidelicèt, quod quemadmodum testis non potest pro alio subscribere, ita nec etiam pro alio signare; ad idem text. in l. ad testium, §. si quis ex testibus, ff. eod. de testament.

Ad hunc text. respondebant nonnulli, quòd ille loquitur in subscriptione, non autem in signatione, ut sentit Aret. quæ lex non debet extendi ad signationem, cum ex diuersis non fiat illatio, l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acquit. poss. addito, quod maior ratio est in subscriptione, quàm in signa-

in signatione, cum à subscriptione magis pendeat recognitione quàm à signatione, vt supra diximus.

Qua tamen responsione non obstante, dicatis vos, quod ille text. loquitur non solũ in subscriptione, sed etiam in signatione: nam dicitur in eo textu, quod vnusquisque debet scribere, quis, & cuius testamentum signauerit, ergo certè ibi I.C. loquitur de signatione, nõ autem de subscriptione tantum, nam si ille qui subscribit debet signare testamentum, & dicere cuius testamentum signauerit, datur intelligi, ꝙ debeat habere locum ẽt in signatione.

21 Secundo pro communi adducitur, quando aliquid requiritur pro forma, non potest id per alium fieri, qa forma ad amussim est seruanda, l. Mæuius, ff. de cond. & demonstr. sed de forma requiritur quod vnusquisque testis signet testamentum, ergo non poterit vnus pro alio.

Respondetur quod nõ est uerum, quod pro forma requiratur quod vnusquisque testis signet, sed septẽ signa requirũtur benè ꝓ forma, & nullibi iure cauet, vnumquẽque debere signare testm̃, ergo erubescimus eũ sine lege loquimur uulgatis iurib.

Replicaris vos, quod imò de hoc videtur expressè decisum à lege, vt vnusquisque signet testamentum, d. l. pen. ff. de testament.

Secundo igitur alio modo alij respondebant, quod cum omnis causa prima plus sit influens super suum causatum, quàm secunda, l. quod meo, ff. de acquir. posses. & omnis virtus attribuatur primæ causæ, l. cum ex familia, §. si de Falcidia, ff. de leg. 2. ideo alius pro alio signare potest.

Sed & ad hanc etiam secundam responsionem replicatur, quod vnusquisque testis pro forma debet signare manu propria, & immediato modo, & licèt virtus tribuatur primæ causæ, & causa prima sit plus influens sup causatũ ꝙ secũda, hoc tñ procedit mediatè, non aũt immediatè; vndè nõ obstat.

22 Cõtrariã tñ opin. quod imò testis pro alio signare possit, tenuerunt quidam Vltramontani, qui ad hoc statuendum vnico mouentur arg. videlicet.

Qui per alium facit, per seipsum facere videtur, §. nihil autem, Instit. de rer. diuis. vbi nihil refert, aut triticũ miscoeris, vel Titius id feceit tua voluntate, text. est in l. 1. §. deiecisse, ff. de vi, & vi armata.

Sed huiusmodi argumentũ tuttando partẽ cõmunẽ, de facili tollitur: nam si illa ratio deberet attendi, sequeretur, quod vnus testis posset pro alio subscribere, & omnia eius officia facere, quod tamen negant, etiam tenentes hanc partem, ex ea ſ. ratione, quia solemnitates veteris iuris funditus euellerentur, & aditus falsitate pateret, cum de facili falsum fabricari posset, contra notata per Docto. in l. exemplo, C. de fals. & per Canonistas in cap. inter dilectos, de fide instrument.

Secũdo respond. quod illa Regula procedit mediatè, vt aliquid pro alio faciat, sed in casu nostro requiritur ꝙ immediatè quis signet, ergo alius pro alio signare non potest. Et ex his firma sit communis Conclusio, quæ habet, quod vnusquisque testis non possit pro alio signare testamẽtũ sed per se tm̃.

23 Explicatis quæ notatu digna videbantur, accedo ad gl. primam in uerbo, annulo, quæ in duas distribuitur partes; in prima declarat text. in secunda limitat. secunda est ibi, non autem alio.

Pro expeditione primę partis dicitur in textu, ꝙ possunt omnes signare testamentum vno annulo. Quæro vna cum glo. de quo annulo intelligatur? et respondetur, de annulo habente caracteres.

Pro expeditione secundę partis gl. limitat tex. nostrum, dicẽs, ꝙ testm̃ potest signari tm̃ vno annulo habẽte caracteres, non aũt alio signo; Ad hoc probãdũ adducit tex. in d. l. ad testiũ, §. signũ, ff. eod. & l. signatorius, ff. de verb. signif. Dicitur tn d. §. signũ aũt annulo tm̃ impresso adhibemus, an verò & sine annulo, verũ alio quodã impresso: variè. n. homines signãt, & magis verũ est, vt tm̃ annulo quis possit signare, dũ tñ habeat caracteres, nõ aũt alio signo, in l. signatorius, dicitur, ꝙ signatorius annulus ornamenti appellatione non continetur, & gl. ibi declarat, quis dicatur annulus signatorius, & inquit, ille s. cum quo sigillatur, & allegat d. l. ad testium, §. si ab ipso, & §. signum, ff. eod. Probator ergo iu eo texto iuxta declarationem glos. ibi, quod annulus signatorius dicitur ille, cũ quo sigillatur.

Colligitur ex hac glos. quod annulus quo testamentum signatur, debet habere caracteres, d. l. ad testium, §. signum, ff. eod.

24 Sed iuxta hanc Cõclus. dubitat hic Portius, qualis caracter debeat esse in annulo impressus, an sufficiat annulus habẽs quẽuis caracterẽ cõtinentem nomẽ signãtis, & figura illius cõuenientẽ? & cõcludit, nihil referre qualis sit ille caracter, siue contineat nomẽ signãtis, siue nõ, siue sit cõueniẽs ad signãdũ, siue nõ, & illũ sequunt DD. cõiter. pro qua

Primo adducit d. §. signũ, l. ad testiũ, ff. eo. in sui generalitate. vult. n. quod testes debeant signare testamentũ annulo, dum tñ habeat caracteres; & sic sufficit quod annulus habeat caracterem qualiscunque sit, siue contineat nomẽ hæredis, siue non.

Secundo probatur per text. nostrũ, dũ vult Imperator, quod omnes testes possint signare vno annulo testm̃, & tamen potest euenire, imò regulariter euenit, ꝙ caracter illius annuli non cõuenit singulis testib. & singulorũ nõ habeat nomina, ergo.

Tertio mouebantur Fab. & Vigl. hic, nã in tam breui spacio annulus nõ capit nomen signantis, & insignia, vel pronomen, quę fortasse alicui insunt, ideo; dicendum est, quod quolibet signo signari, & quolibet caractere possit.

Tamen non defuerunt, qui opin. contrariã insequuti fuerint, ꝙ imò talis caracter debeat habere nomẽ signantis, & figurã personę suę, et mouebantur primò per text. in d. c. inter dilector, ext. de fide instrumen. §. sed cũ proprium, vbi dicitur, quod sigillũ de quo ibi, si nõ habet propriũ nomẽ sigillansis, nõ valet, nec adhibetur ei fides, ergo videtur dicẽdũ, ꝙ sigillũ, vel annulus debeat habere nomen, & insignia Dñi signãtis testamentum. Ad idem est text. in l. cum decernimus, C. de aquęduct. lib. 11.

Sed prædictã cõem opinionẽ defendẽdo respondeatis, ꝙ ibi agitur de alio genere signi, vnde dicatis, prout dicebat Fab. ꝙ signũ quandoq; apponitur vt plena ei fides adhibeatur, qñq; verò apponitur vt facilius possit recognosci. Primo casu benè verũ est, ꝙ dẽt adesse in annolo figura signantis, & insignia, & nomẽ ipsius, & in hoc casu loquitur, dicto

M cap.

cap. inter dilectos, de fide instrum. 2. casu habet locum id, de quo quærimus; & sic illa iura loquuntur in sigillis authenticis, quibus plena fides adhibetur; sed hic ille annulus non adhibetur ad fidem, sed ad recognitionem testamenti, argumento l. 4. l. sed et si quis, ff. quemadm. testam. aper. vndè, non obstant prædicta iura,

25 Sed contra Fabr. & Vigl. solutionem inuehitur Ozer, inquiens, illam esse falsam, quia præsupponit, quod in d. sigillo de quo supra diximus, non detur plena fides, quod tamen est falsum: quia quamuis annulo siue alijs non detur plena fides, imò nulla, cum testamentum deficientibus alijs sit nullum, tamen non est verum quod per hoc ei non debeatur plena fides. Probatur: quia subscriptiones & aliæ solemnitates nullum habent vigorem annulo deficiente, d. l. ad testium, §. si quis.

Tamen Domini, ista impugnatio nihil valet: quia sigilla, seu signacula, non apponuntur ad probandum, sed ad solemnizandum patet: quia si agatur de virib. testamenti, testes omnes debent vocari ad recognoscenda signa, l. cum ab initio, l. sed & si ex signatoribus, ff. quemad. test. aper. ergo signa nihil probant, aliàs non esset opus recognitione.

Et dum ipsi nituntur probare, quod imò faciat plenam fidem, quia ipsis non appositis testamentum est ipso iure nullum respondetur quod hoc non concludit, quod magis sunt apposita ad probandum quam ad solemnizandum, cum iam ex solemnitatib. omissis, q ex plena probatione actus vicietur, l. qui Romæ, §. Flauius, ff. de verb. oblig. Non est ergo recedendū à communi ratione, quicquid dixerit Ozer. cum eius ratio non sit concludens. Et per hęc teneo cōmunem opinionem, quod caracter debeat, & possit habere qdlibet signum, quam opinionem tenuit Port. nu. 6. & cęteri posteriores, vt per Moder. etiam Patauinos hic, nu. 14.

26 Secundo colligitur ex hac glos. secundum Fab. quod signum & sigillum idē sunt, nam secundum ipsum q antiquitus dicebatur signū, hodie dicitur sigillum. Adducit authoritatē Speculat. in tit. de probat. in §. vidēdū, qui Speculator loquitur aliter, dicit. n. ibi, quod illud q ius Ciuile vocat annulū, ius Canonicum vocat sigillū. Vndè dicatis vos, q illud interest inter signum & sigillum, q inter genus & speciem: nam appellatione signi, venit omnis materia ista ad signandum, & sic comprehendi tur sub eo sigillum & annulus.

Tertio & vltimo colligitur ex secunda parte gl. quod testes debent signare testamentum annulo signatorio habēte caracteres, non autem alio signo, vt probatur in d. l. ad testium, §. signum, ff eod.

27 Iuxta hoc inferunt Scribentes ad quæst. illius testis qui signauit testamentum annullo vel sigillo æreo, vel argenteo, vel ligneo, prout hodie vtimur, cuius forma sit rotunda, similis annulo, nunquid tale testamentum vicietur?

Qua in re Bart. in d. l. ad testiū, §. signum, tenet, testamentum non viciari: quia etiam signari potest annulo vel sigillo vel quouis alio signo.

Viglius autem hic contrarium tenet, licèt hoc sit valde durum, ac propemodū absurdum secūdum eū, & mouetur per tex. in d. §. signum, qui tex. vult, quod debeat signari testm̄ annulo tm̄ habente caracteres, non aūt alio signo impresso sine annulo.

Sed ad hunc text. respondet Bart. ibi, quod annulus intelligitur pro eo quod communiter sigillum appellatur, qui dicitur annulus signatorius, prout dixit Innocent. in cap. 1. & 2. extra de fide instrum. vnde dum ibi dicit text. quod tantum annis lo signari debet testamentum habente caracteres, non autem alia signo, intelligitur de annulo signatorio, de sigillo s. vel sit annulus qui in digito geritur habens caracteres ad signādum, vel quodlibet aliud, quod annulus signatorius appellari solet.

Sed videtur adhuc aliquantulum obstare text. ille, dum quęrit, vtrum debeamus adhibere in testamento signum annulo tātum impressum, an verò sine annulo vel alio signo. Verum, quia subdit tex. variè homines signant, ideo concludit, annulo tantum debere signari testamentū, dūmodò habeas caracteres; dum ergo ibi dicitur, variè homines signant, videtur excludere alia signa hominum, quę signa non sint annulo impressa.

Sed replicare possumus, quod imò ille text. intelligitur de quolibet annulo signatorio habente formā circularem, & dum ibi dicit text. variè enim homines signant; possumus dicere, quod homines tunc temporis vterentur ad signandum varijs signis, quorum forma circularis non erat, vel si erat circularis, caracteres tamē nō habebant, & ita ego existimo. Non inficior tamen quod ille tex. opinionem Viglij satis probare videtur. Communis tñ, opinio mihi uerior uidetur, ex quo eundem producit effectum sigillum sculptum in ęre, & argenteo, uel ligno, quemadmodum annulus habēs caracteres, ideò & idem ius statuendum est.

28 Glos. in verbo testamentum propter sui breuitatem non diuiditur, solum. n. ampliat tex. nostrum, dum in eo dicitur, quod possunt omnes testes vno annulo signare testamentūm. ampliat glos. dicens, vel etiam linteum in quo inuolutum est testamentum, vt ff. eod. l. ad testium, §. fin. vbi dicitur, signatas tabulas accipere oportet, & si linteo quo tabulæ inuolutæ sunt, signa impressa fuerint; & sic in eo tex. probatur, quod testes etiam possunt signare linteum, in quo tabulę testamenti inuolutæ sunt.

Ex quo notat Port. hic, quod ille qui signat linteum vbi est inuolutum testamentum, dicitur sigillare testamentum, d. l. ad testium, §. fin. ff. eod. concordat text. in l. hac consultissima, C. de testament. ex quo infert Bald. & alij communiter, vt ipse Port. refert, quod ille qui capit aliquem per mantellum, (vt verbis Port. vtar) vel vestem, dicitur capere personam illam. Eodem modo, ille qui verberat Clericum, vel Laicum super capuccio, uel Bieretto, dicitur super capillos uerberare, & incidit in Canonem latæ sententiæ excōicationis, quia sicuti testamentū inuoluitur linteo, ita homo dicitur inuolutus uestibus; quod dictum Port. an uerum sit, infra uidebimus, & pro eo est cōmunis opinio.

Secundo infert ex eo dicto, quod si Notarius posuerit omnes suas scripturas in sacculo; & postea signauerit sacculum, intelliguntur etiam sigillatæ ipsæ scripturę, & ita est commun. opinio, de qua per Bart. in d. loco, scilicet in l. si quis ex argētarijs,

§. si

§. si initium, ff. de edendo; & satio est vltra eam quę per Bart. deducta est, quia sunt vnum & idem ratione continentis, ideo censentur repetita, & sic si incontinenti fuerit appositum signum, censetur in omnibus appositum, quia vnum sunt vt dixi ratione continentis.

29 Tertio infertur per Ozer. quod eiusdem naturæ sunt actus qui conseruāt, cum eo qui conseruatur, hinc est, quod si fiat iniuria filio, competit actio patri, l. 1. §. ité, ff. de iniur. & hac ratione pręter alias, quia parentes dicuntur per filios suos conseruari, l. liberorum, §. fin. ff. de verb. signif. faciunt notata per Bart. in l. sed & quęstionis, ff. de iniur. ybi habetur, quod quando scinditur vestimentum, dicitur fieri iniuria in corpus.

Et hinc est dicit Alex. in l. Gallus, ff. de lib. & posth. & ibi Bald. quod si Statutum imponat pœnam inferenti iniuriam in corpus, habet locum etiam in scindente vestimenta.

Capio glos. fin. in verbo, visum est, quæ in duas diuiditur partes, in prima ex textu nostro infert, ponendo vnam opinionem, in secunda ponit aliam, secunda est ibi, alij dicunt.

30 Pro expeditione primæ partis dicitur in text. quod omnes testes possunt vno annulo signare testamentum, quia potest esse, quod septem annuli vna sculptura fuerint. Ex hac ratione infert glos. dicens, & hac ratione cum tribus vel paucioribus potest signari testamétum, argum. J. mandati, §. is qui exequitur, vbi dicitur, is qui exequitur mandatū, non debet excedere fines mandati, si ergo aliquis tibi mandauerit vt fundum emeres vsque ad centū aureos, pluris illum emere non debes, quod si minoris emeris, habebis cum eo mandati actionem, quoniam qui mandat vt sibi centum aureorum emeres fundum, is vtique mandasse intelligitur, vt minoris si posses eum emeres quemadmodum ergo ille cui mandatum fuit, vt pro centum aureis fundum emeret, potest minoris emere, & non dicitur excedere fines mādati, imò in pinguiori forma implet mandatum, ita testamétum quod potest vno annulo signari, ea ratione, quia potest esse quod reperiantur septem annuli, habentes eandem sculpturam & imaginem, cum quibus testamentum signari posset, poterit etiam signari cum tribus, vel paucioribus, vel pluribus, & ita arguendo, quēadmodum quis pinguius adimplendo mādatum non dicitur fines mandati excedere, ita testes signando testamentum cum tribus, vel paucioribus, vel pluribus annulis, ex quo possunt vno annulo signare non dicuntur facere contra legis dispositionem.

In secunda parte glos. ponit opinionem, dicentium quod imò non potest signari testamentum cum tribus, vel paucioribus annulis, sed debet signari cum septem, vel cum vno; dicit ergo glos. alij dicunt tantum cum septem vel vno debere signari.

31 Glos. nostra nō videtur aliter resoluere difficultatem excitatā, sed residet in ea opinione quod etiam cum tribus, vel paucioribus, vel pluribus annulis testamentum signari possit; & licet opinio quæ vltimo loco ponitur, censeatur ab authore magis approbata, vt dixit gl. in l. qui filiū, §. Sabinus, in verbo, & alij, ff. ad Trebell. tradit Bart. in l. bona fides, nu. 2. ff. depositi, tamen istud procedit, quando author dicit & simpliciter recitat opinionem suam, secus autem est, quando dicit, alij dicunt; quia tūc censetur primam approbasse opinionem nec statim ita se corrigere voluisse, vt dixit Decius in l. si idem cum eodem, nu. 6. & 7. ff. de iurisd. omn. iud. & per DD. in l. certi condictio, ff. si cert. pet. sed gl. nostra nō simpliciter loquitur, recitando suam opinionem, sed ponit illa verba, alij dicunt, ergo censetur primam opinionem approbasse, quod s. possit testamentum cum tribus, vel paucioribus, vel etiam pluribus annulis signari.

Et hanc gl. opinionem ego arbitror veriorem: quia vt adnotat hic. Syluester Aldobr. illud colligitur ex argumēto Papiniani, quia si ideo potest vno annulo testamētum signari, quia potest esse quod septem annuli sint vnius sculpturæ, & imaginis, ita & poterit signari cum tribus, vel paucioribus, vel pluribus annulis, ergo prædicta ratione opinio glos. verissima videtur, ad d. §. is qui exequitur.

Contrariā tamen opin. tenuerunt nonnulli Vltramontani, & alij etiam, quorum dicta tanquam ratione carentia reprehēdunt Fab. Ozer. & Camp. hic, quorum opinionem ego quoque amplector, vt supra dixi.

Et primam partem gl. amplio, non solum procedere in tribus, vel paucioribus, sed etiam pluribus, vt supra dixi, per tex. in l. hęredes palā, in fine prin. ff. de testam. ubi dicit I. C. quod in testamento nuncupatiuo possunt adhiberi plures quam septem testes, ita etiam in testamento in scriptis, poterunt adhiberi, ut se subscribant, & plures signent quam septem & ualebit nihilominus testamentum. Pro quo facit Regula non solent, ff. de reg. iur. Non solent quæ abundant uiciare scripturam, ut est tex. in l. testamētum, C. de testam. & l. quæ extrinsecus, ff. de uerb. oblig.

Reliqua autem quæ à Doct. dicunt, tanquam à materia testamentaria ualde aliena, consultò prætermittenda duximus, ut ad grauiora tandem accedamus.

REPERTORIUM AD §. Testes, De testam. ordin.

Monachi

1 
D euidentiam huius text. præmittendum est, quod habere testamenti factionem dupliciter contingit, actiuè s. & passiuè, vt tradit Imperat. in §. extraneis, §. testamenti autem factionem, J. de hære. qual. & diffe. l. filiusfamiliàs, vbi Bar. ff. de testam. Actiuè dicitur, quando quis habet potestatem condendi testamētū; Passiuè autem dr, quando quis hæres institui potest in testamento, & cōmodum percipere ex testamento. Diuiditur iste tex. in duas partes, in Prima ponit dictum siue regulam, in secunda ponit limitationem ad Regulam, secundum communem intellectum. secunda est ibi, sed neque. Summatur communiter per Aret. in testamento potest esse testis quilibet qui potest hæres institui, exceptis hic enumeratis.

Facti species cōmodè adaptari non potest, cum tra dat nobis Regulā in hac materia testamentaria, eir ea habilitatem personarum in testimonio dicēdo.

In hac tamen prima parte ita dubitari potest; quæsitum fuit ab Imperatore, an quilibet possit esse testis in testamento, & pro ratione dubitandi vi debatur dicendum quod sic, &

2 Primò, quia probationum materia nō est coangustanda, & restringenda, l. quoniam, in fine, C. de hæret. & Manich. maximè cum simus in casu, io quo agitur de fauore publico, l. vel negare, ff. quē-ad. test. aper. & tunc debet fieri interpretatio lata, & ampla, etiam quod essemus in odiosis, tex. est in l. 2. §. exercitum, ff. de infam. & ibi Bart. notat. Decius io l. in testamentis, ff. de reg. iur. sed si diceremus quamlibet personam non posse testimonium dicere, restringeretur probationis materia, ergo ne sequatur hoc, quilibet est admittendus.

Secundo, quia in testamentis lata fit interpretatio, l. in testamentis, ff. de reg. iur. ergo ne huic Regulæ contra faciamus, quilibet admittitur.

3 Tertio per argumentum de contractibus ad vltimas voluntates, l. quæ de legato, ff. de leg. 1. l. vltima, C. de leg. toto titu. supra, de leg. Fus. Can. toll. vnde videtur, eos omnes qui in contractibus admit tuntur, etiam in vltimis voluntatibus recipi posse, sed in contractibus vnusquisque recipitur, ergo.

Quarto & vltimo facit tex. in l. 1. ff. de testib. vbi dicitur, quod genus testium est genus permissum, cum ergo simus in genere permissiuo, est dicendum, quod omnes possint esse testes.

His tamen non obstantibus, contrariū deciditur per Imperatorem, videlicèt, illis tantum concedi facultatem dicendi testimonium, cum quibus est testamenti factio, aut actiuè, aut passiuè, et ratio decidēdi est, propter vtilitatem publicam, & bonum commune. Item, quia iura multum inuigilarunt, ne quid falsitatis in testamentis conficiendis committeretur, & ideo voluit Imperator, quod omnes testes sint omni exceptione maiores, & quoniam ij qui habent testamenti factionem, omnes sunt habi les, ideo posuit Regulā affirmatiuam, omnes cum quibus testamenti factio est; posse testificari; quasdam tamen personas sub generali Regula comprehensas prohibet, quæ non sunt omni exceptione maiores.

Qua decidendi ratione stante, contraria minimè obstant, &

4 Primò dū dicebatur, ne materia probationum angustetur, dicendum est, omnes debent admitti ad testimonium: nam respondetur primo quod istud procedit, quando id fieri commodè potest, & ita videtur procedere text. in l. quoniam, in fine, C. de heretic. & Manich. secùs autem si non commodè, & cum suspitione fraudis, vt in casu nostro, tunc enim recedit à Regula.

Secundò possumus respondere, quod imò non coangustatur materia probationum in vltimis voluntatibus, sed purior relinquitur cum infiniti sint illi qui testes adhiberi possunt, & si aliquid coangustatur, fit tantum ex causa, propter testamentorum sinceritatem.

Secundo non obstat dum dicebatur, quod in testamentis lata sit interpretatio, per l. in testamentis, ff. de reg. iur. Nam respondetur, quod istud procedit respectu voluntatis testantis, & institutionis, vt ibi habetur per DD. non autem ad hoc sit lata interpretatio, vt quilibet etiam intestabilis ad testimonium admittatur, id enim in perniciem testamentorum et testantium redundaret, cum de facili corrumpi possent, & ita vera iudicia subuerti.

Secundo respondetur, quod illa Regula loquitur & procedit posquam testamentum est in esse productum cum requisitis à iure, tunc quia publicè interest valere testamenta, lata fit interpretatio vt magis valeant q̄ pereant, at tex. noster loquitur de testamento in esse producendo, ergo non obstat.

5 Tertio non obstat, quod valeat argumentum da contractibus ad vltimas volntates. Nam respondeo, quod non procedit vbi diuersa est ratio, per Alex. in l. fin. C. de legat. sed maior requiritur solemnitas in testamentis, & maior est fraudis suspicio, §. sed his omnibus, supra eod. tit. & ideo non valebit argumentū vt omnes qui in contractib. admittuntur testamento adhiberi possint.

Quarto & vltimo non obstat dum dicebatur, qood nos sumus in genere permissiuo, cum simus in materia testium, l. 1. ff. de test. Nam respond. hoc verum esse in illis casibus, in quibus expressè quis non repetitur prohibitus, sed in proposito nostro quædā personæ prohibitæ reperiuntur, meritò &c.

Sequitur secunda pars text. nostri, in qua ita casus effingi potest; quæsitum fuit ab Imperatore, an mulier possit esse testis in testamēto, & à principio videbatur dicendum quod sic, &

Primò sumendo argumētum à Regula nostra, sed mulier habet testamenti factionem actiuam & passiuam, § fin. de exhæredat. liber. ergo.

Secundo per text. in l. ex eo, de testib. argumento l. qui testamento, §. cum qui, ff. eod. in l. ex eo dicitur, ex eo quod prohibet lex Iulia de adulterijs, mulierem condemnatam dicere testimonium, colligitur etiam mulieres in iudicio testimonij dicendi ius habere, ergo patet expressè, quod mulier potest esse testis, & idem est text. in d. l. qui testamento, §. cum qui, ff. eod.

Quibus tamen non obstantibus, contrarium decisum est. Et sic limitatur primo loco Regula supra tradita, videlicèt, qood mulier non possit esse testis, & hoc duplici ratione.

6 Prima est propter sexus fragilitatem: nam varia & mutabilis semper est fœmina, l. filia, C. de inoff. testamento, & per Fabr. & Port. hic, Idem di xit Cagnol. in l. fœminæ, ff. de reg. ior. hinc traditur regula à Bartol. mulieres omnes esse malas, l. pater Seuerinam, §. socrum, ff. de cond. & demonstr. propter eorum libidinem, & luxuriam, §. quia verò, in Auth. Vt fine. Altera fuit ratio: quia testes non tantum admittuntur ad probandum, quàm ad solemnizandum testamentum, vt in princ. huius tit. sed mulieres ad solemnia iuris ciuilis minimè admittuntur propter earum pudicitiam, & honestatem, l. fœminæ, de reg. iur. non enim conuenit honestati, & verecundiæ se actui hominum immiscere, facit text. in l. 1. §. sexum, ff. de postul. debet enim earum pudicitia, & honestas intra parietes domesticos retineri,

tineri, hinc legimus apud Plutarchum Tucididem dixisse, esse optimam illam mulierem de cuius laudibus, aut vituperatione minimus aliquis sermo apud populum esset futurus.

Quibus stantibus non obstant contraria, &

Primo Regula quę habet, quod ille qui habet testamenti factionem actiuam, aut passiuam, potest esse testis: sed mulier habet, ergo. Nam respõdetur, quod Regula text. nostri limitatur primo loco in muliere.

7 Secundo non obstat dum dicebatur, quod mulier quæ non est condemnata propter adulterium, admittitur ad testimonium dicendum, l. ex eo, ff. de test. Nam respondeo, quod loquitur in contractibus, secus est in testamento, vt infra videbimus.

Secundo quæsitum fuit ab Imperatore, quid iuris esset in impubere, qui cum etiam institui possit, licèt non faciat testamentum, videbatur admittendus, §. præterea pupillus, infra quib. mod. non est permiss. fac. test. §. 1. infra, de hæred. instit.

Respondetur hic contrarium esse, quod scilicet non possit esse testis. Ratio decidendi est, quia nullum est eorum animi iudicium, & quicquid videt ignorat, l. 1. C. de fals. mone.

Nec obstat regula supra tradita, quod institui possit, & sic habeat testamẽti factionem passiuam, quia in hoc etiam limitatur prædicta Regula.

Tertio quæsitum fuit, quid de seruo, an seruus possit esse testis? & à principio videbatur dicendum quod sic. Primò, quia habet testamenti factionem passiuam, §. 1. infra, de hæred. instit. Secundo, quia videtur à domino suo capacitatem recipere, l. si mihi & tibi, §. regula, ff. de leg. 1. & infra, de stipul. seru. §. 1. ergo. His tamen non obstantibus, cõtrarium decisum est in seruo, & sic tertio loco limitatur regula. Ratio decisionis est in l. qui testamento, §. seruus, ff. de testam. nam testes adhibentur ad solemnizandum testamentum; vt supra in princ. tit. nostri, tradunt DD. in l. nemo, ff. de leg. 1. solẽnitates autem sunt de iure ciuili, vt supra fuit firmatum, ergo seruus non potest interuenire, quia quod attinet ad ius ciuile, pro nihilo habetur, l. seruitutẽ, l. quod attinet, ff. de reg. iur. Qua ratione decidendi stante, non obstant contraria: Nam ad primũ dum dicebatur seruum habere testamẽti factionem passiuam, respondetur, quod hæc est tertia limitatio ad regulam supra traditam. Secundò non obstat quod capacitas serui reguletur à capacitate domini: quia Respondetur vt per Port. hic, non posse in casu testandi suppleri defectum serui in personam domini, cum sit merè personale, & est quid facti, nã debet tantum deponere de his quę percipit sensu corporeo, l. hæredis, in princ. ff. eod. nec vitium personæ purgatur interuentu domini, quæ enim sunt facti, & personalia, in his non consideratur factio testamenti, l. denique, ff. ex quib. caus. maior. argum. l. qui hæredis, ff. de cond. & demonst. Item Port. tollit difficultatem, quia à domino non potest habilitari persona serui, quia nihil sibi quæritur, aliàs potest, vt in iure adeundi, in vsucapione, in stipulationibus, & similibus, notatur in l. si mihi & tibi, §. regula, de leg. 1.

8 Quarto quæsitũ fuit ab Imperatore, quid de furioso? & videbatur dicẽdũ q̃ posset esse testis, quia potest hæres institui, l. filiusfamiliàs, ff. de testam. §. testamenti, infra, de hæred. qual. & differ. Deciditur tamen contrarium ea ratione, qua prohibetur impubes, nullum est enim eius animi iudicium, d. l. 1. C. de fals. mon. Nec obstat quod possit hæres institui, quia limitatur d. regula quarto loco.

Quinto quærebatur ab Imperatore, an surdus & mutus possint esse testes? & hac in re dicas, aut ex accidenti vel natiuitate talis est, & de hoc ĩ. à nobis latè videndum est. Et primò videbatur dicendũ quod sic, cum institui hæredes illi possint, d. l. filiusfamilias, ff. eod. d. §. testamenti, infra de hæred. qual. & differ. Item quandoque possunt surdus & mutus facere testamentum, l. discretia, C. qui test. facere poss. vbi not. Bart.

Contrarium tamen deciditur: & ratio decidendi est, quia debent deponere quod exaudierunt nomina, scilicet testatoris, & eius vocem, & sic disponere de his quæ cadunt sub sensum corporis, l. qui testamento, §. fina. ff. de testamen. & sic vbi necesse est vt aliquid audiatur, aut voce exprimatur: at nec surdus nec mutus ad illum actum idonei sunt, habemus exemplum in stipulatione, l. 1. ff. de verbor. oblig. & ibi DD.

Sexto loco quæsitum fuit, quid de eo cui bonis interdictum est, vt est prodigus, ita intelligi debet vt dicit glos. secundo loco concordat l. is cui, ff. eod. in princ. & videbatur dicendum quod sic: nam licèt non habeat testamenti factionem actiuam, §. item prodigus, infra quib. mod. non est permiss. fac. testa. nihilominus institui potest, infra de hæred. instit. tamen deciditur contrarium: quia & ipse nullum habet animi iudicium exemplo furiosi, §. furiosi, supra, de curat. antequam autem sibi interdicatur, potest esse testis, & condere testamentum, licèt non notoriè sit prodigus, d. l. is cui, ff. de testament.

Septimo & vltimo quæsitum est, quid de eo qui efficitur improbus vel intestabilis, & sic non est infamis simpliciter, sed etiam intestabilis, vt damnatus ob carmen famosum, vt est text. in l. lex Cornelia, ff. de testam. nam simpliciter infamis testari potest, vt infra videbimus; Et noteris hanc vocem, intestabilem, tria comportare, vt notatur in l. cum lege, & ibi glos. Addatis vos, quod nec testari possit, Alciat. in l. intestatus, ff. de verb. signif. Theophil. hic, sumpto argum. de d. l. cum lege. Et de his latè infra sumus loquuturi.

9 Notatur primo ex isto textu, quod non solum inspiciamus habilitatem testãtium in testamento, sed etiam testium adhibendorum si sint habiles ad hæredis institutionem.

Probatur istud notabile siue Regula in textu nostro, secundum communem intellectum, dum in princip. dicitur, testes in testamento adhiberi possunt hi, cum quibus testamenti factio est, accipiendo illa verba in passiua significatione, vt glo. hic declarat, & Scribentes communiter, vt si quidem illi testes adhiberi possint in testamento qui hæredes in testamento, & ex eo commodum percipere possunt. sed de his infra videbimus.

Secundo noto, quod ex quo certæ personæ sunt exce-

exceptæ à testamentarijs testimonijs, Regula est, quod omnes qui non reperiuntur prohibiti, admittuntur, quia exceptio firmat Regulam in casibus non exceptuatis, l.quæsitum, §.denique, vbi glos. ff.de fund. instr. & l.nam quod liquidè, §.fin. ff.de peno lega.

10 Tertio notandum est, quod mulier non potest esse testis in testamento, ita expresse dicitur in textu nostro; Sed quoniam hoc dictum non transit sine difficultate, ideo altius repetendum duximus. Sit igitur quæsitum, an Mulier possit esse testis in testamento?

Quia in re concludatis, verissimam esse partem negatiuam, quod non; ita voluit glos. in cap. forus, in verbo, fœmina, de verb. sign. dixit Crotus in tractatu de testibus, num. 5. par. 1. Lanfrancus de Orianis ibi, num. 80. Eandem sequuti sunt Iacob. Butrig. in d. tract. de testib. nu. 14 & Federig. Schenck. nume. 38. & sequuti sont communiter Docto. varijs in locis. Eandem sequuti sunt Bald. in l. nec scripturas, C. qui potior. in pignot. hab. Ioan. de Anania, in cap. tanta habes, extra de simon. & in consi. 17. num. 16. Eandem tenuit Gandi. in tract. maleficiorum, in titulo de furt. Ruin. in cons. 192. num. 3. vol. 2. & Viuius in suis opin. in verbo, testis, nu. 1. quę probatur

Primo per text. nostrum, hic expresse dicentem, mulierẽ non posse in testamẽto dicere testimoniũ; Secundò probatur ex l. qui testamento, §. mulier, ff eod. tit. de testam. vbi hoc idem expresse habetur. Probatur & tertiò in cap. decernunt, 15. quæst. 3. & in hoc nulla versatur difficultas; Sed dubium versatur in ratione huius decisionis.

11 Ideo glossa in dicto §. mulier, l. qui testamento, ff. de testament. huius rei rationem esse ait, propter sexus fragilitatem, quia mulier fragilis & corruptibilis ac varia est, vnde dicebat text. in d. cap. forus, de verb. signif. varium & mutabile testimonium semper à fœmina produci; vnde dici solet fęminam fallere, falsaque dicere, quando carebit pischarra piscibus, & mare fluctibus, tunc quoque carebit fœmina falso, & malo. Et alibi dici solet, Fœmina nulla bona, quis ter mutatur in hora, vt refert & sequitur Iacob. Ægidius, in tractatu de testib. num. 5. & Curt. senior in d. tractatu, ibi, nu. 9 & conclusio 18. hancque rationem sequuntur Petr. Rebuff. in tract. de priuileg. Scholar. priuileg. 104. num. 17. Corras. in l. qui liberos, num. 88. ff. de ritu nuptiar. ideò dici solet, prout ipse refert; quid leuius fumo? flamen, quid flamine? ventus, quid vento? mulier, quid muliere? nihil. Dixit Ludouic. Burghes in Rubr. ff. de iudic. num. 12. Hanc sequuntur etiam Platea, Port. & Ias. in addit. ad Port. hic.

12 Verum contra hanc communem rationem insurgit Viglius hic; & post eum Tobias nu. 1. nam si ista ratio esset vera, sequeretur, quod mulier non posset esse testis in cõtractibus, at ipsa potest in contractib. dicere testimonium, & in qualibet causa ciuili, l. ex eo, ff. de testib. d. l. qui testamento, §. mulierem, ff. de testam. dixit Crotus in d. tractatu de testib. num. 54. par. 3. vbi Butrig. num. 14. in Rubr. de offic. iudic. ergo prædicta ratio non est vera.

Posset tamen fortasse dici, defendendo commune dictum, quod in contractibus, & in qualibet causa ciuili, mulier possit esse testis, quia in illis nõ attenditur tanto prædicta, cum non sint tanti præiudicij sicuti est testamentum in quo agitur de toto nostro patrimonio, quod tot laboribus nacti sumus, & de libero quod iterum non redit arbitrio, l. prima, C. de sacrosanctis eccles. & idcirco, cum testamentum sit tanti præiudicij, voluerunt iura, vt mulier in eo testis non sit, propter sexus fragilitatem, & timorem falsitatis, quod secus est in contractibus.

13 Sed contra hanc explicationem posset quis obstare, dicendo, quod mulier potest esse testis in causa criminali, in qua maius versatur præiudicium quàm in testamento, cum qualibet pœna corporalis sit maior qualibet pœna pecuniaria etiam magna, l. in seruorum, in fine, ff. de pęn. ergo attenta supradicta responsione & saluatione ipsa, mulier non posset esse testis in causa criminali, sed hoc est falsum, ergo falsum est etiam asserere, quod non possit esse testis in testamento, propter maximum præiudicium. Quod autem in causa criminali mulier possit esse testis; probatur ex l. 1. vbi glos. ff. de testib. voluit Nepos à monte Albano in tract. de testib. num. 66. vbi in d. tractatu Ægidius num. 5. tenuit glos. in d. c. forus, de verb. sign. glos. in c. ex eo, 15. quæst. 3. facit text. in l. 3. §. lege Iulia, ff. de testib. per argumentum à contrario sensu, est communis resolutio DD. de qua testatus est Crotus in d. tracta. de testib. nume. 57. & de hoc videbimus infra suo loco.

14 Responderi posset, quod mulier potest esse testis in causa criminali, licèt in ea contineatur maximum præiudicium, & hoc quidem verissimum est, sed tamen non est hoc commune dictum ita simpliciter intelligendũ, sed sibi locum vendicat in causa criminali quæ non sit magna, sed leuis: Causa enim criminalis dupliciter cõsideratur, quędam enim est quæ grauis appellatur, prout est quando venit imponenda pœna corporalis, & membri mutilatio, & in hac propter maximum præiudicium mulier testimonium minimè dicere potest. Secundo loco dicitur causa criminalis, sed non grauis, quãdo quis est puniendus pęna pecuniaria, & non afflictiua, vt in l. si quis per calumniam, vbi gl. C. de episcop. & cler. & in hac mulier potest esse testis, cum non agatur de tanto præiudicio quantò agitur in testamento, in quo versatur ratio de toto nostro patrimonio.

Quod autem dicatur pęna criminalis, quando pœna pecuniaria quis veniat puniendus, dixerunt communiter DD. in Rubr. C. de eden. Ias. in §. rursus, infra, de action. Barto. in l. prætor ait, & in l. 3. ff. de sepulch. viol. in l. agraria, ff. de termino mot. & in l. non solum, §. fin. ff. pro soc. est text. in cap. tuas, extra, de simoni. & in cap. sopec his, extra, de accusat. Ripa in Rubr. extra. de iudic. num. 100. vbi etiã Michael Calidonius refert, & Bero. in Rubri. extra, de accusation.

Præterea, apparet in terminis ratio diuersitatis inter testamentum, & causam criminalem, nam in testamento fraudes fieri possunt, quas mulier propter sexus fragilitatem prævidere non potest, argumento

mento l.fin.in fine, ff.qui pet.tutor.at quando agitur de probando aliquo crimine, an sit factum, vel nonnulla versatur fraus, sed est tale factum quod potest cadere in cognitionem mulieris, sicuti massis, ideò non repellitur mulier à testamento in causa criminali, sed benè ab ipso testamento quum ratione diuersitatem sequitur in terminis Ioã. Crot. in d.tract.de testib.nu.57.habetis, ergo saluã communem rationem de qua supra ab impugnantibus Viglij, Tobias, & cæterorum.

Sed vt ego ingenuè fatear, ista ratio mihi ex alio non satisfacit; nam potest esse quod in cõtractibus de toto nostro patrimonio agatur, prout si quis donaret omnia bona sua, quę donatio valida est vt tradunt Scribentes in l.stipulatio hoc modo concepta, ff.de verbor.oblig.vnde attenta ratione prædicta, mulier non posset esse testis in tali contractu, quod vt supra vidimus, est falsum.

15 Vndè, ego existimo rationem de qua hic per Viglium, veriorem esse: quod idcirco mulier non potest esse testis in testamento, quia ad solemnia iuris ciuilis non admittitur, l.2.ff.de reg.iur.l.cum Prætor, §.fin.ff.de iudic.& solemnitates testium in testamento dicuntur à iure ciuili inuentæ, vel à iure Prætorio, quo casu dicuntur à iure ciuili introductæ, cum ius Prætorium dicatur vna vox iuris ciuilis.l.nam & ipsum, ff.de iust. & iure, & qualitas ista testium dicitur pertinere ad solemnia testamentorum, & sic ad solemnia iuri ciuilis, vt est text.in d. l.qui testamento, §.si vnus, ff.eod.quod secùs est in contractibus, in quibus agitur de solemnitatibus iuris gentium, cuius iuris mulier est capax, item secus in causa criminali in qua iudex procedit secundum indicia, & secundum qualitatem rei, & personæ, & hæc mihi solidissima videtur ratio.

Istud autẽ notabile ampliatur & limitatur pluribus modis.&

Primò hoc non solum procedere de iure ciuili, sed etiam de iure Canonico secundum glos. in cap. forus, de verb.sig.in verbo testimonium. Federic. de Senis in cons.207.tenuit Roman.in Auth. similiter.C.ad l.Falcid.Imola, in cap.cũ esses, de testa. plura cumulat Alex.in cons.70.& 177.col.2.vol. 2.& est communis opinio de qua testatur Alex. in cõs.84.in fine, eod.lib.testatur Viuius in suis opin. in verbo, testis, num.2.

16 Secundo vt procedat etiam in testamento condito tempore pestis, in quo nec mulier poterit dicere testimonium, ita voluit Rupa in tract. de peste, par.2.num.16.tamen quidam Nouissimi contrarium sentiunt, quod in subsidium mulier in tali testamento poterit esse testis, ita etiam tenuit Crotus in d.tract.de testib.num.11.nam quando in probatione alicuius actus non possunt haberi testes idonei, nec habitu, nec actu admittuntur testes minus idonei in subsidium, ita dixit Ant. de Burt.in cap.tertio loco, de probat. Abbas in cap.fin.per illum text. extra de testibus cogend. & ideò quando aliæ personæ pestis tempore non inueniuntur, tunc tali casu mulier posset admitti ad testimonium.

Ego autem opinor, quod nullo modo possit esse testis: quia nihil est à lege immutatum, ergo non sufficit mulier; quam etiam opin. tenuit Alexand. cons.70.lib.2.& Bellon.consil. 14.num.8.

17 Ampliatur, vt procedat etiam in testamento rusticorum; ita dixit Albertic.& Ias. in l.fin.C.de testament.sequitur Tobias hic, num.1.quia licèt sit diminutus numerus testiũ, attamen quo ad idoneitatẽ ipsorum testium nihil reperitur immutatum; igitur, ꝙ nõ est immutatũ, attẽdi debet, l.sancimus, C.de testam.l.præcipimus, in fine, C.de appellat. hanc opin. etiam tenuit Alex. cons.70. vol.2.Crotus, d.tract.num.5.

Quarto ampliatur, vt procedat, siue simus in terris Ecclesiæ, siue Imperijs, ex quo non inuenitur immutatum aliquid de iure Canonico respectu qualitatum testium testamentariorum, quicquid dixerit Ias.in l.hac consultissima, num.19.in princ. C.de testamen. hanc opin. tenuit Bellon. cons.14. nu.3.Ioã. Dilect. Cautela 2.lib.1.& mouentur per text.in cap.cum esses, extra de testam.vbi in testamento condito in terris Ecclesiæ requiruntur testes idonei: is autem dicitur testis idoneus, qui est omni exceptione maior, glos.in §. videlicet verborum, infra, de inutil. stipul.mulier autem de iure ciuili non est talis, l.qui testamento, §.mulier, ff.eod. nec etiam de iure Canonico cap. forus, in fine, de verb.signif.ergo.

Contrariam tamen opin. quod imò possit, tenuerunt Ancheran. & Abbas in d. cap. cum esses, vbi etiam Imola sequutus est, hac ratione: quia in tali testamento attenditur ius gentium, non autem ius ciuile; Et hanc opin. sequuntur communiter Canonistę in d. cap.cum esses, extra de testib. De communi testatur Crotus in d.tract.de testibus num.10.tamen non est recedendum ab opinione superiori; Nec est verum quod in tali testamento attendatur solum ius gẽtium; patet, quia vltra duorum testium numerum exigitur etiam præsentia Parrochiani, quod non est de iure gentium, vt etiã animaduertit Crotus d.loco.

Quinto ampliatur, vt nõ habeat locum in testamento in quo etiam fuissent scripti venientes ab intestato, voluit Bald. cons.400.vers. fin. lib.2.dixit Tobias hic, nu.1. Ratio est, quia in tali testamento nihil reperitur immutatum.

Limitatur nunc prædictum notabile per Scribentes multis modis,&

18 Primò, vt non procedat in testamento militari, in eo enim mulier poterit esse testis; ita dixit Ias. hic, in addit.ad Port. Decius in l.2. num. 27.ff.de reg.iur.glos.in Auth. Quod sine, C.eod.quæ allegat text. in l.Lucius, in princ.ff.de milit.test.vbi dicitur, ꝙ militibus concessum fuit, vt quoquomodo & quomodocunque testamentum conficiant, ita tamen, vt hoc ita subsequutum esse legitimis probationibus ostendatur, sed testimonium mulieris dicitur legitima probatio, cum regulariter iure ciuili ad testimoniũ perhibendum admittatur mulier, vt infra videbimus in glos. ergo in testamento militis mulier poterit esse testis. Et si dicatur, quod testimonium mulieris nõ potest dici legitima probatio in materia testamentorum, vt in §.nostro, & in l.qui testamento, ff.eod. Respondet Decius in d. l.2. quam sequitur Tobias hic, quod in d.l. Lucius, legitima probatio non accipitur habito respe-

ctu ad

ctu ad materiam testamentorum, sed generaliter: quia si ad materiam testamentorum respectus haberetur, sequeretur, quod septem testes requirerentur ad probandum militare testamentum, cum hæc sit legitima testamentorũ probatio, & tamen istud est falsum.

Secundo probatur ratione: quia testamentum militum vt supra firmatum fuit, exemptum est à solemnitatib. iuris ciuilis, & solum per eos ius gentium seruatur, l.1.ff.de milit.testam.notatur in §.1. infra, de milit.testam.

19 Secundo limitatur, vt non procedat in testamento facto ad pias causas, in quo mulier testis esse potest. Ita tenent Bald.in l.1.in fine, C.de sacros.eccl. Felin.in cap.quoniam, num.2.extra de testib. Decius in d.l.2.num.28.& 29.voluerunt Vigl. Ozer, & Tobias hic, num.3. Paul.Castr.cons.362.Hanc opin. esse in practica dixit Crotus in d.tract. de testib.num. 8. Hãc communem esse retulit Roman, in Auth.similiter, in speciali.16.C.ad l.Falcid. Eandem tenuerunt Paul.Castr.cons.161. & Ruin.consil.9.num.7. & 15.uol.3. & in consil.192. num.7. vol.2.& est communis opinio de qua testatur Bellon.cons.14.& testatur Viuius in suis õpin.io verb. testis, num.4.

Pro qua deducitur: fœmina in testamento à patre inter liberos potest esse testis, ergo & in prædicto testamento ad piam causam, cui magis fauetur quam liberis, Ias.in l.1.nu.2.C.de sacros.eccl.

Sed huic rationi respondetur, quod alia est ratio in testamento inter liberos, à patre condito, quia causa intestati fouet causam testati, vt per DD.in d.l.hac cõsultissima, §.ex imperfecto, C.de testam. est text.in l.1.C. de his qui testam. ascribantur ibi, cum si testamentum scriptum non esset, iustus successor futurus esset; Cum ergo liberi instituti essent, iam consequuti bona paterna, l.in suis, ff.de lib. & posth.non est mirum si in eo possit esse testis, quod secùs est in testamento ad pias causas.

Secundo deducitur text. in capit.relatum, & in cap.cum esses, extra de testam.vbi dicitur, quod in testamento ad pias causas requiruntur duo vel tres testes, ergo mulier poterit in eo dicere testimoniũ.

Respond. quod isti duo vel tres testes debent esse legitimi, vt in d.cap.relatum, at mulier in testamento non est legitimus testis, vt hic, & in d.§.mulier, l.qui testamento, ff.eod.

20 Contrariam tamen opin. tenuit Rom. in Auth. similiter, in 16.speciali. C.ad l.Falcid. Federic. de Senis, in cons.217.in quã opinionem professus est Tobias hic, nume. 3. & Crot.in d.tract. de testib. num.8. Pro qua deducitur in primis text. in d.cap. relatum, vbi mulier non est legitimus testis in testamento. Secundo mouebatur Rom.in d.Auth. similiter, C. ad l.Falcid. quod similiter non potest esse testis in testamento propter sexus fragilitatem, ipsa etiam de facili poterit corrumpi in testamento ad pias causas condito.

Confirmatur & tertiò: nã si mulier in testamento in quo requiruntur septem testes non potest esse testis vnà cum illis, quo casu numerus aliorum deberet supplere eius imbecillitatem, & fragilitatem, l.si quis ex argentarijs, §.1.& quod ibi not. Bald. & Cynus, vers.vltimo fallit, ff.de edẽdo, multo minus in testamento prędicto, in quo minor numerus testium requiritur.

21 Augetur & quarto loco ex mente Crotti: Lex noua derogatoria legis antiquæ, strictè interpretari debet, & quam primum restringi, cum operata est effectum suum, l.si serui vestri, C.de noxal.act.sed ius Canonicum disponens duorum vel trium testium præsentia testamentum ad pias causas conditum probari, est derogatorium iuris ciuilis, ergo debet strictè intelligi, ita, quod postquam est operatum effectum suum circa numerum testium, debet restringi, ne operetur circa qualitatem; quod argumentum Tobias more suo hic sibi attribuere attentauit: Vnde ex his ego proficiscor in hanc scilicet sententiam, quod mulier non potest esse testis in testamento ad pias causas condito.

22 Tertio limitatur, vt non procedat in testamento condito inter liberos; ita limitant Bald. & Ias.in d. Auth.Quod sine, Bart.& alij, in l.hac cõsultissima, §.ex imperfecto, C.eod. Eandem opin. tenuerunt. glos.in d.Authen.Quod sine, Ozer.& Tobias hic, num. 2. Decius in l.2.num.31.ff.de reg. iur. voluit Ruin.cons.73.num.6.vol.2. Lanfranc.in cap.quoniam contra, de probat.nu.813. declarat Mantua in suis Apopht.74.sequuntur Bald.Ang.& Imola, in l.quoties, §.1.ff.de hæred.instit.DD.communiter in l.fin.C.de cond.& demonstr. Boer. decis. 240. num.3.& est communis resolutio, quam sequitur glo.in d. l.hac cõsultissima, §.ex imperfecto, C.eod. & Crot.in d.tract.de testib. nu.7.& ratio est: quia tale testamentum liberum est ab omni solemnitate iuris ciuilis, & remanet in dispositione iuris gentium, vt per Bart.in d.§.ex imperfecto, quo iure mulier non repellitur à testimonio iuxta illud, in ore duorum vel trium stat omne verbum, cap.cum esses, de testam.

23 Quarto limitatur per Deciũ in d.l.2.de reg. iur. non habere locum quando extaret statutum, quod valeret testamentũ cum duob. vel trib.testibus, tũc enim mulier in tali testamento poterit esse testis, dixit Corn. in d.Auth.Quod sine. Viglius hic; pro qua limitatione facit hæc ratiocinatio: quia ex quo Statutum illud vult testamentum probari duobus vel tribus testibus, videtur habuisse respectum ad ius gentium, at de iure gentium tam masculi quam fœminæ æqualiter admittuntur ad perhibendum testimonium, ergo.

Sed contra istam limitationem insurgit Tobias hic, numero tertio, quod cum statutum recipiat interpretationem ex iure communi, l.nam & posteriores, l.non possunt, ff.de leg. Bartol. & alij, in l.omnes populi, ff.de iustitia & iure, minus debet derogare iuri communi quam fieri potest, & sic, si derogat respectu numeri testium, debet tamen restringi respectu qualitatis testium, ita, quod mulier non possit esse testis. Confirmo prædictam rationẽ: quia maxima est altercatio apud DD. Canonist.in cap.quæ in ecclesiarum, extra de constit. nunquid tale statutum valeat nec ne? vndè, si diceremus quod valeret, & etiam in eo mulier posset esse testis, esset quodammodo multiplicare in concursu duo specialia simul, contra notata in l.1.per

illum

illum text. C. de dot. promiss. ergo dicendum est, quod ipsa non possit dicere testimonium.

24 Præterea & tertiò, si mens statuentium fuisset quod mulier admitteretur in testem tali testaméto hoc expræssisse verisimile est, & in dubio præsumitur voluisse tale testamentum trib. testibus faciendum esse legitimis testibus fulcitum, cum verba propriè in statutis intelligantur, l. 3. §. hæc verba, ff. de negoc. gest. & semper in potiori significatu interpretantur, argum. l. 1. ff. si ager vectig. vel emphyt. pet. cum similibus.

Nec est verum quod statuétes simpliciter respexerint ad ius gentium, de quo iure testimoniũ mulieris est habile, si enim voluissent expressissent; vndè ego hanc limitationem in iure minimè veram esse existimo.

Quinto limitatur, vt non habeat locum in testamento condito in terris Ecclesiæ, etiam quod non sit factum ad piam causam: quia in eo mulier potest esse testis; ita tenent Abbas, Ancbar. & Imola, in cap. cum esses, extra eod. & ratio est: quia in tali testamento attenditur tantũ nuda iuris gentium dispositio.

Sed nec hanc limitationem veram esse opinor, & contrarium tenuit Alber. in cons. 130. par. 1. & Alex. cons. 70, nu. 3. vol. 2. & contra ipsam opinionem Canonistarum quæ communis est, facit text. in cap. cum esses, extra eod. vbi in testamento condito in terris Ecclesiæ requiruntur testes idonei, idoneus autem est, qui omni exceptione est maior, glos. in §. item verborum, infra, de inutil. stipul. mulier autem de iure ciuili non est talis, vt hic, & d. l. qui testamento, nec etiam de iure Canonico, cap. forus, de verb. signifi. in fine. & contra hanc limitationem faciunt adducta contra secundam limitationem.

Nec etiam verum est, quod in tali testamento attendatur tantum ius gentium, patet: quia vltra numerum duorũ testium exigitur etiam presentia Presbyteri Parochiani, quod non est de iure gentium.

25 Sexto limitatur & vltimo hoc notabile, quod habet, quod mulier nõ possit esse testis in testamento vt non procedat, qñ mulier tẽpore conditi testamenti vir existimabatur, argũm. l. 1. C. de testam. vbi dicitur, testes serui an liberi fuerint nõ oportet in hac causa tractari, cum eo tempore quo testamentum signabatur, omniũ consensu liberorum loco habiti sunt, nec quisquam eis hucusque quando scilicet fuerunt adhibiti, status controuersiam mouit: quemadmodum igitur seruus qui cõditi testamenti tempore, liber existimabatur, admittitur, ita & mulier admittetur. Ita limitant Alber. Salicet. & Riminal. per illum text. in d. l. 1. C. eod. & hæc quo ad istud notabile.

Quarto not. principaliter ex textu: Impuberem testem esse non posse in testaméto, vt expressè hic dicitur: & ratio esse potest propter imbecillitatem; quando autem istud procedat, & an possit testificari factus pubes de eo quod vidit in pupillari ætate, infra videbimus in glos. in verbo, impubes, ergo nõ potest esse testis in testamento, quia nullum est eius animi iudicium, vt in §. 1. infra quib. non est permiss. facere testam. §. pupilli, infra, de inutil. stipul. l. 1. C. de fals. mon. cum similibus infra deducẽdis.

Quinto notatur, quod seruus in testamento testis esse nõ potest, vt in text. dicitur, concordat l. qui testamẽto, §. seruus, ff. de testa. Ratio est, vt ibi dicitur, quia seruus nec cum iure communi, nec cum iure Prætorio communionem habet, l. seruitutem, l. quod attinet, ff. de reg. iur. Vndè, cum solemnitas hæc à iure ciuili sit introducta, illius est seruus incapax; Sed de hoc latius infra tractandum est suo loco. Limitatur tamen hoc notabile non habere locum, quando seruus tempore conditi testamenti liber existimabatur, neque eo tempore aliquis quæstionem status mouerat: nam tunc potest esse testis, nec ex eo quod deinde reperiatur seruus, testamentum inualidatur, vt habetur in d. l. 1. C. eod. & de hoc. tractabimus infra in repetitione §. sed cũ aliquis, infra eod. vbi est locus suus.

26 Sed occasione huius notabilis infert Faber hic, quid iuris sit in monachis & in alijs Religiosis, nunquid possint dicere testimonium; qua in re meliorem ordinem sequentes quam fecerint DD. hic, ne etiam in ambiguo versemur, nos distinguimus hanc conclus. in duo Capita, sicuti duo iura hac in re nobis sese offerunt, Canonicũ scilicet & ciuile. Sit ergo quæsitum, nunquid de iure Canonico Monachi Fratres Mendicantes, Fratres Seruorum, & omnes alij sub obedientia constituti, possint esse testes in testamento? In qua quæst. cõcludimus, quod non: quam opinionem tenuerunt etiam maximi Viri.

Primo probatur ex textu in cap. 2. de postul. vbi statuitur, quod Canonici regulares & Monachi, non possint forensis vel ecclesiastici negocij esse susceptores, et seipsos in secularia negocia intromittere, ergo nec etiam poterunt dicere testimonium. Et facit per tot. tit. extra ne Clerici vel Monachi.

Secundo confirmatur ex cap. placuit, 2. & cap. monachi. 16. quæst. 1. vbi dicitur, placuit nostro communi concilio, vt nullus Monachorum pro lucro terreno de monasterio exire nefandissimo ausu præsumat, neque pœnitentiam dare, neque filium de baptismo suscipere, neque baptizare, neque infirmum visitare, neque mortuum sepelire, neque alijs quibuslibet negocijs sese implicare, sit Claustro suo contentus, &c. ergo non poterit esse testis ad testamentum, vel ad aliud.

Tertio confirmatur; quia Monachi & alij Religiosi pro mortuis reputantur, l. Deo nobis, C. de episc. & cler. Auth. de monachis, §. de illis, in fine, & §. si quis aũt, col. 1. ergo repelluntur omnes prędicti à testimonio testamentario.

Augetur & quarto hæc opinio ex cap. placuit, 2. q. 7. vbi disponitur, quod Monachi debent habere funestã faciem, id est flere, & nedum humanis, sed etiam diuinis actibus mortui sunt, ideò, nec testificari possunt, Inquit text.

27 Limitatur tamen hæc conclusio non habere locum in rebus Ecclesiasticis ipsorum Monachorum, quia tunc vnusquisque monachus pro Ecclesia sua testimonium ferre potest, cap. tuis, & cap. insuper, extra de testib. Facit pro hoc l. 2. ff. quod cuiusque vniuers. quæ limitatio intelligitur procedere, quando alij testes deficiunt, aliter non admittuntur,

tantur, secundum quosdam, cap. & si Christus, in fine, extra de iureiuran.

28 Quantum verò ad secundum caput, nunquid possint de iure ciuili; Hac in re concludunt DD. quod sic, dummodò hoc faciant de voluntate Abbatis, vel Prioris, vel Guardiani. Hanc opin. tenuit Specul. in titulo de testibus, §. 1. num. 36. vers. idem excipitur. Bald. in Auth. ingressi, C. de sacrosanct. eccles. Ias. in l. hac consultissima, in princ. C. eod. hanc tenuit Nepos à monte Albano, in tract. de testib. num. 61. vbi Stephan. Aufrerius, num. 13. Alber. in Rubr. de testibus. & tandem est communis opinio prout de cõi testatur Alberic. de Maletis in d. tract. de testib. nu. 27. & nemo est qui discreper ab hac opinione.

Probatur primo ex textu in §. cogitandum, vbi etiã glos. in Auth. de Monach. & facit ratio de qua in Clemẽ. Exiui de Paradiso, in tit. de verb. sign. vbi traditur Regula Fratrum Mendicantium, in qua disponitur, quod illis sint actus illi prohibiti, ex quibus possint pecuniam contrahere: sed ex hoc actu quando in testes adhibentur in testamento, nulla pecunia contrahitur, vt est textu, in capit. nuper, vbi Bald. extra de test. ergo in testamento possunt esse testes.

Secundo mouetur Faber: quia sicuti ipsi possunt esse executores vltimarũ voluntatũ, vt habetur in c. 1. extra, de testam. lib. 6. ita & testes esse possũt, maius enim videtur officium executoris quã testis.

Tertio mouetur ipse Faber: quia ipsi Monachi & cæteri Religiosi sunt hominis liberi: Aret. & idẽ Fab. ĩ. de inte pers. in princ. ergo possunt esse testes.

28 Quarto Monachi & alij Religiosi non reperiuntur à lege prohibiti, ergo sunt admittendi, l. 1. ff. de testib. facit pro hoc quod not. glos. in d. §. cogitandum, in Auth. de Monach. & glos. in capit. 1. de crimin. falsi, imò à maioritate rationis sunt admittendi addicendum testimonium, quàm alij sæculares propter religionem, quam sumpserunt, quo abdicat ab eis omne cõmodum, & oẽ propriũ attingens eos.

Quinto loco deduco tex. in c. nuper, ext. de testibus. vbi probatur, quod testes minores possunt esse testes ad probandum aliquid esse factum, vel gestũ; consuluit Aret. cons. 160. in vers. venio ad octauum. Bald. in l. 1. C. de sacrosanct. eccles. in 9. quæsito.

Sexto & vltimo confirmatur hæc opinio communis, quia ipsi Monachi videntur esse omni exceptione maiores, & ideò habere legimam personam ad testificãdum, vt tradit Spec. in d. §. vers. item excipitur, in titulo de testib.

29 Hæc tamen conclusio declaratur vt supra præmonui, vt sibi locum vendicet, quando Monachi vel Fratres Minores, & alij Religiosi reddunt testimoniũ, de consensu Abbatis vel Prioris, aliàs non possunt esse testes. Ista est communis DD. declaratio, de qua testatur Maletus, in d. tract. de testib. nu. 27. quam sequuti sunt Albet. in Auth. si dicatur, de testib. Specul. in tit. de testib. §. 1. vers. sed si Monachus.. Lanfrancus de Oriano in tract. de testib. num. 87. Nepos de monte Albano ibidem, nu. 61, & alij communiter eam tenent.

Quæ probatur ex cap. 1. in fine, extra de iur. cal. vbi Monachus sine licentia sui superioris iurare nõ potest. Ad idem in cap. ex parte, extra de postul. ca. non dicatis, 12. q. 1. c. Monachi. 2. in fine, 16. q. 1.

Comprobatur prædicta declaratio ex cap. non magno, de cler. vel monac. & capit. quid ergo, 11. q. 3. Facit in simili text. in l. 3, §. in bello, ff. de re milit. vbi dicitur, in bello qui rem à duce prohibitã fecit, aut mandata non seruauit, capite punitur.

30 Contrariam tamen opin. attentate ausus est Viglius hic, dicens indistinctè Monachos & alios supra nominatos Religiosos, posse esse testes in testamento etiã indistinctè, & sine licentia Abbatis, vel Prioris, & Guardiani consensu, & ante eum fuit opin. Guidon. Papæ in Decis. 517. num. 1. & 2. Pro qua mouetur Viglius.

Primò per ea quæ dcit glos. in d. §. cogitandum, in Auth. de Monach. quia edictum de testibus prohibitorium est, adeò, vt qui prohibitus non est, admissus censetur, vt est text. in l. 1. §. adhiberi, ff. de testib. sed Monachi & alij Religiosi non inueniuntur prohibiti in testamento testimonium dicere, ergo admissi censentur absque licentia superiorum.

Secundo mouetur Viglius, quia prohibitionum facultas debet ampliari potius, quàm restringi, l. quoniã, in fine, C. de hæret. & Manich. sed si Monachi & alij Religiosi testes in testamento esse non possent, facultas prohibitionum non ampliaretur, sed coangustaretur, ergo ne sequatur hoc, dicẽdum est adhiberi posse ad testimonium dicendum.

Tertio moueor vltra Vig. & alios, data instantia corruit argumentum, §. pauonum, supra de rer. diuis. sed filius est suppositus potestati patris, vt supra de patr. potest. & tamen non dicitur seruus, sed potest adhiberi testis in testamento, §. pater, infra eod. ergo & Monachi.

Sed istæ rationes pro opin. Viglij parum, aut nihil vrgent: quia fateor, quod monachi non reperiantur prohibiti; item, quod materia probationis non debeat coangustari, sed ampliari, tamen dico, quod cum ipsi Monachi sint in potestate Abbatis, vel Prioris constituti, conueniens est, vt habeant consensum illius, quia Regula & omnis obseruantia, imò status Monachorum consistit in obedientia, vt in dictis cap. supra relatis, ergo sequitur, quod debeant habere consensum; nec est eadẽ ratio in filio & in Monacho, quia filius potest aliquando habere aliquid proprij, & tanquam paterfamilias haberi, sibi acquirendo, §. igitur, supra per quas person. nob. acquir. l. cum oportet, C. de bon. quæ liber. quod secùs est in Monacho qui nihil proprij habere potest, & omni tẽpore est in potestate Abbatis, not. in Auth. ingressi, C. de sacrosanct. eccl. in cap. quia ingredientibus, extra de testamen. vbi Imola.

Vnde existimo ego, quod optimũ sit consilium, adhibere Monachos ad testificandum cum licẽtia Abbatis, aliter dubitarem de inualiditate testamenti, quicquid dixerit Guid. Pap. in d. sua decis. 517. num. 2. sicuti vno ore fatentur DD. & Pontificum decreta præcipiunt, vt supra retuli.

Sextum not. est quod furiosus in testamento testis esse non potest, vt expressè dicitur in textu, con cor. l. qui testamento, §. nec furiosus, ff. eod. vbi nec furiosus quidem testis adhiberi potest, cum cõpos mentis nõ sit furiosus, ergo vel indiscretus habetur

pro

pro absentib. & ignorantibus, l. 1. §. furiosus, ff. de acquir. poss. & ideo remouentur à testificando, arg. ca. indicas, 3. q. 9. l. qui facere, ff. de stat. hom. voluit Iodoch. Damhoderius in tract. de testib. num. 15.

31 Iuxta hoc de duob. dubitatur per Paul. Castr. in d. §. nec furiosus, q si non constet testẽ esse furiosũ, nec in sua mente tẽpore conditi testamenti, sed tantum probetur q hodie quo tẽpore agitur de virib. testamenti est furiosus, nunquid præsumatur fuisse etiam furiosum tempore conditi testamenti.

Secũdo dubitatur, nũ quid si probatũ fuerit q testis ante cõdnũ testm̃ furiosus fuerit, pręsumatur ẽt furiosus tẽpore quo fuit adhibitus testis, & sic tẽpore conditi testamenti an testamẽtum ipsum inutile & inualidum sit, cum furiosus testis esse non possit.

Quod attinet ad primum quæsitum, concludit Paul. Castr. in d. §. nec furiosus, & ibi Aret. quos sequitur Tobias hic, nu. 7. & mouetur Castrens.

Primò, quia si nõ constat istũ fuisse in sana mẽte tẽpore conditi testamẽti, non per hoc possumus dicere illũ eo tẽpore esse furiosũ, quia probatio ista, q hodie sit furiosus, nõ cõcludit necessariò cũ tempore conditi testamẽti, potuerit esse sanę mẽtis, arg. l. furiosũ, C. qui testam. fac. poss. non. n. probat hoc esse, q ad hoc contingit abesse, l. non hoc, C. vnd. cogn. l. neq; natales, C. de probat. vnde cum hic sumus in dubio, & in dubio semper fieri debeat interpretatio, quę potius sustineat actum ad hoc vt valeat, quã pereat, l. quoties, de reb. dub. ergo ad hoc vt testamentum sustineatur præsumi debet, quod in tempore quo conditum fuit testamentũ sanæ mentis fuerit, præsertim, quia publicè interest, suprema hominũ iudicia exitum habere, l. vel negare, ff. quẽadm. testam. aperiantur.

32 Confirmatur: quia ex statu pręsenti regulariter in pręteritum nõ pręsumitur, vt est tex. in cap. si eo tẽpore, extra de rescript. in 6. & hinc est, vt dicebãt hic Tobias & alij recẽtiores, quod si quis est hodie hæreticus, vel vsurarius, nõ præsumitur quod olim hæreticus vel vsurarius fuerit, arg. l. 4. ff. de probat. licèt ergo probetur hodie testem esse furiosum, non præsumitur quod olim tempore cõditi testamẽti furiosus fuerit; Et hæc opinio mihi verissima videtur, & in maxima æquitate fundata.

Quantum ad secundũ dubium, nunquid s. si probatũ fuerit q testis ante conditũ testm̃ furiosus fuerit, pręsumatur ẽt furiosus tpe quo fuit adhibitus testis, & sic tẽpore conditi testamẽti, an testm̃ valeat.

In qua Quęst. tres (vt refert Aret. hic) sunt opin.

33 Prima est opinio q licèt probatũ fuerit ante conditum testm̃ ipsum furiosum esse, non tamẽ pręsumitur q fuerit furiosus tẽpore cõditi testamẽti, nisi id probetur. Pro qua opin. deducit id q not. Bart. in l. 1. ff de bon. poss. furios. vel infant. delat. vbi ait, q nõ sufficit ad probandũ furorẽ; probare: q aliquis vno die fuerit furiosus, sed opus est hoc probare per tempus continuum, non enim sequitur, si heri fuerit furiosus, ergo etiam hodie erit, nam potest esse quod propter aliquod accidens heri fuerit furiosus, ita in casu nostro licèt probatum fuerit eum furiosum non tñ pręsumitur furiosũ, eo tẽpore cõditi testamenti, hoc tñ non sufficit ad inualidãdũ testm̃.

Secunda fuit opinio contraria præcedenti, quod imò si fuerit probatũ ante conditum testamentum, fuisse furiosum, hoc sufficit ad hoc vt testamentum vicietur, licèt non probetur furor tempore conditi testamenti. & hanc opin. tenuit glo. in cap. indicas, 3. q. 9. & in cap. fin. extra, de succes. ab intest. in gl. compotem, vbi etiam Abb. & sequitur Paul. Cast. in l. qui testamento, §. nec furiosus, ff. eod. Pro qua

Deducitur; quia qui olim fuit furiosus, etiã hodie furiosus esse pręsumitur, vt probatur in d. c. indicas, 3. q. 9. & in d. c. fi. Alcia. in reg. 2. pręsump. 14. sed iste testis ante conditũ testamentum erat furiosus, vt pręsupponimus fuisse probatũ, ergo pręsumitur q etiã tẽpore conditi testamenti furiosus fuerit: quapp testm̃ viciabit, ex quo furiosus in testõ testis esse non potest, vt in tex. nro, & in d. §. nec furiosus.

34 Quare Imola, in d. §. nec furiosus, ponit tertiam opin. recõciliando prędictas contrarias, quẽ sequit Aret. hic, videlicèt, aut modicũ tẽpus intercessit inter actũ explicitum, inter testm̃, s. & tẽpus probati furoris, & tũc fit vera opinio illa, q testm̃, vel alius quidã actus censetur explicitus, & factus tẽpore furoris, quapropter viciabitur postea. Aut verò intercessit longũ tempus inter testm̃, & tempus probati furoris, & tunc præsumitur testm̃ factum tpe quo ille testis erat sanę mẽtis: quamobrem testm̃ postea nõ viciatur, & ita vtraq; opin. saluari potest; & sm Imol. & Aret. hic, vtraq; opinio vera est: quia opin. Bart. procedit, quando longũ intercessit interuallũ inter tẽpus conditi testamenti, & probati furoris, et tunc valet testm̃ cum præsumatur factum esse tempore quo erat sanæ mentis; secus quãdo modicum intercedit tempus, vt dicebant glossæ supra citatæ.

Paul. tamen Cast. quẽ sequitur Ozer. & alij, inquit, q imò secunda opin. vera est indistinctè, siue modicũ intercesserit interuallũ inter tẽpus celebrati testamenti, siue longũ: quia si fuerit probatũ aliquẽ fuisse furiosum anteq̃ testis adhiberetur in testamento: nã quod longum intercessit interuallum inter tempus testamẽti, & tempus probati furoris, hoc non facit quo minus non præsumatur illũ perseuerasse in furore, & sic non tollitur præsumptio furoris, per tex. in d. cap. indicas, 3. quæst. 9.

35. Confirmatur hęc opi. vltra eos: quia voluntas psumitur continoata, l. cũ tacitum, ff. de prob. l. Lucius, de leg. 2. sed cũ ille fuerit probatus furiosus ante conditum testamentum, præsumitur q voluntas furore plena, & inspicienda continuetur in futurũ, ita quod probandum est illum fuisse sanæ mentis.

Confirmatur & vltimo, quia præsumptio legis est, q iste testis sit furiosus, cũ per exteriora tantum sit demonstratũ illum esse furiosum, & qui dixerit contrarium, tenetur probare, vt per glos. sing. in d. cap. fin. de success. ab intest. dixit in terminis Lanfranc. de Oriano, in tract. de testib. num. 16.

Opinio. n. Imolę procedere posset, si constaret illum habere lucida interualla, quia tũc præsumeretur testm̃ esse factum tempore quo erat sanæ mentis, vt per Tob. hic, imò teste Paulo Castr. ipse furor solet durare, quia (vt vulgò dicitur) del pazzo non si guarisce mai; ideo d. qualitas furoris, quæ semel ante conditũ testamentum probatur adfuisse, præsumitur etiã perseuerasse tẽpore conditi testamenti, adeò, q testm̃ in quo fuit testis, qui ante conditum

testamentum erat furiosus, non ualeret, ex quo ille præsumitur furiosus tempore testamenti celebrati, quo casu testis esse nõ potest; & ita ego hanc Paul. Castrens. opinionem verissimam esse opinor, quæ declaratur duob. modis, vt per Tobiam hic, nu. 9.

Primò, vt procedat, quãdo probaretur ꝙ per aliquod tẽpus extiterit furiosus, aliàs si probarent contrarius testamentum nõ viciaretur, & ita procedat dictum Bart. ita declarat Aleiat. in d. regula secunda, præsumpt. 18. DD. in tract. de testib.

Secundo limitatur, quoties probaretur quod ille furor erat quoddam accidens, ꝙ non habebat causam quãdiu furor durare deberet, nam tunc vr valere testamentum, quia præsumitur ꝙ cessauerit furor ille qui causam permanentem nõ habebat, prout dixit Bart. in l. 2. ff. de bon. poss. furios. delat. & ita etiam procedat dictũ Bar. dum dicebat loco præallegato, quod potest esse quod heri aliquis fuerit furiosus propter aliquod accidẽs, vndè non sequitur, quod hodie sit furiosus: nam si probabit esse per accidens, tunc etiam cessasse præsumitur furorem.

Tertio limito illam non procedere, quando furiosus haberet dilucida interualla, nam tunc præsumitur, tempore testamenti non fuisse furiosum, sed de hoc infra in glos. latina videbimus.

36 Septimum est notabile ex hoc textu, mutũ & surdum non posse in testamento testẽ adhiberi, ut hic expressè dr. Sed iuxta hoc quærit Ioan. hic, ꝙ si mutus iste vel surdus sciat scribere, an admittatur ad testimonium ferendũ? & videretur dicendum ꝙ sic; quia in causis ciuilib. mutus per scripturã potest dicere testimoniũ; quã opin. tenuit originatiè Specul. in tit. de testib. in §. nũc tractandũ, vers. quid de muto, nu. 17. cuius opin. sequuti sunt Steph. Auster. in tract. de testib. nu. 71. & nonnulli alij, & præcipuè Ioan. Crot. in d. tract. nu. 373. ergo & idẽ erit in testamẽtis. Confirmatur ex l. discretis, C. qui test. fac. poss. vbi dr, quod mutus & surdus põt testari, ergo poterit ẽt testificari, & vidẽtur hæc duo conuertibilia, testari s. & testificari, vt sentire vr Imperator in §. nostro, in fine, vbi illi non possunt esse testes quos leges iubent esse intestabiles, vt in l. cũ lege, ff. eod.

Comprobatur hæc opinio ex l. nutu, ff. de leg. 3. c. cũ apud, extra de spons. c. tuæ, eo. tit. vbi habetur, quod ad hoc vt quis plenè possit probare, sufficit quod habeat signa indubitata per quæ iudex colligere possit veritatẽ facti, at per scripturã colligitur quomodo res sese habeat, ergo poterit esse testis.

37 Cõmunis tamen opinio est in cõtrarium, ꝙ imò mutus non possit esse testis quam tenuit Faber, quẽ sequitur Tobias hic, nu. 9. & cęteri posteriores, & mouetur ipse Faber per tex. nostrum, qui generaliter loquitur, quod mutus & surdus testis esse non possit in testamento, ergo generaliter & indistinctè intelligi debet, & sic etiam in casu in quo mutus & surdus literas sciret, l. de precio, ff. de public. in rem act. l. 1. §. generaliter, ff. de leg præstan.

Secundo mouetur Faber: quia testis à iudice examinari debet, vt possit cognoscere quo vultu, qua trepidatione, & quo pallore id deponat, et quomodo verba proferat, l. 3. §. itẽ diuus, ff. de test. dixit Specu. in d. tit. de test. §. nunc tractandũ, nu. 71. hoc autem in muto esse nõ potest, cũ fari non possit, ergo.

Confirmatur: quia testis vocem testatoris, et pręsertim in nũcupatione hęredis de qua in testõ nũcupatiuo audire debet, l. hæredes palàm, ff. de testa. §. fi. J. eo. hoc autem surdus & mutus facere non possunt.

Nec obstant adducta in contrarium, & primo quod in causis ciuilibus possint dicere testimoniũ, quia respond. quod testamentum est maximi præiudicij, vt supra diximus in hac eadẽm occasione. Item etiam respondetur, ꝙ hoc inductum est pro forma, quod mutus non possit testari: quia testes debent reddere rationem suæ depositionis, quod non cadit in muto mediante scriptura; vndè, non obstant prędictæ rationes. Nec etiam obstat quod mutus possit testari, nõ tamen sequitur, quod possit testificari, quia mulier etiã testamentum facere põt, & tñ vt audiuistis, non põt dicere in eo testimoniũ.

38 Octauo & vltimo notatur: quod ille cui bonis interdictũ est, nõ rectè adhibetur testis in testamento, similiter ij prohibentur testimoniũ dicere, quos leges improbos intestabilesq; esse iubent, at in textu nostro expressè dicitur, concordat tex. in l. si cui, ff. eo. vbi expressè dicitur, is, cui bonis interdictum est testamentum facere non potest, & si fecerit, ipso iure non valebit, meritò nec testis in testamento adhiberi poterit, subdit ille textus.

Ille ergo cui bonis interdictũ est, testis esse non potest in testamento, nec etiã testamentum facere, licèt factũ ante interdictionẽ teneat. Exempla autẽ eius cui bonis interdictum est, ponuntur per gl. vtã suo loco dicemus; concordat text. circa improbos & intestabiles à lege factos, in d. l. is cui, vbi si quis ob carmẽ famosum damnetur, Senatusc. expressũ est, vt intestabilis sit, ergo nec testamentum facere poterit, in l. eum lege, ff. eo. idẽ probatur in l. ob carmen, ff. de testib. sed de hoc etiã dicemus super gl. fi.

39 Accipio interpretationem glos. 1. in verbo, testamenti factio, quę in in duas distribuitur partes, in prima timore contrarij exponit tex. in secunda refert aliam significationẽ testamenti factionis, secunda est ibi, aliàs etiam accipitur.

Pro expeditione primæ partis oppono contra tex. sic; Exceptio debet esse de regula, l. nam ꝙ liquidè, §. fin. ff. de penu leg. §. autem, in Auth. de non alienand. glos. in l. in his, ff. de legib. glos. in Rubr. de reg. iur. sed exceptio in text. nostro facta de furioso, de impubere, de seruo, & de alijs, non est de regula, ergo non est bona; quod autem prædicta exceptio non sit de Regula, patet: quia Regula est, quod in testamento possit esse testis quilibet qui habet testamenti factionem, qui possunt scilicet facere testamentum, exceptio tamẽ est in furioso, in impubere, & in seruo, & in alijs qui non possunt condere testamentum, ergo non est bona: sed opus erat dicere, ad hoc vt esset bona; illi possunt esse testes in testamento qui testamentum facere possunt, fallit in furioso, seruo, & in alijs qui testamentum facere possunt, & tamen non possunt esse testes, vndè, cum testamentum minimè facere possint, pàret malam esse supradictam exceptionem; Vnde Accursius timore huius contrarij exponit text. & inquit, dum tex. facit mentionem de testamẽti factione, intelligitur de passiua, non actiua, pro his scilicet qui possunt in testamento hæredes institui, &

ex eo

ex eo commodum percipere, quo casu exceptio benè procederet, & bona erit: nam Regula erit, quod ij qui possunt hæredes institui in testamento, possunt in eo esse testes, exceptio verò erit & fallentia in muliere, in seruo, furioso, & in alijs, qui hæredes institui possunt in testamento, & tamen non possunt esse testes in eo.

In secunda Bart. refert glos. aliam significationē testamenti factionis, vt non solum accipiatur passiuè, pro eo s. qui hæres institui potest, & ex testamento cōmodum percipere, sed etiam actiuè, pro eo s. qui potest facere testamentum, & allegat text. in §. testamenti, J. de hæred. qualit. & differ. vbi testamenti factionem non solú is habere uidetur qui testamentum facere potest, sed etiam qui ex alieno testamento capere potest, & sibi ipsi, vel alteri acquirere, licèt non possit testamentú facere: & ideò subdit ibi tex. furiosus & mutus, & posthumus, & infans, & filiusfamiliàs, & seruus alienus, testamēti factionem habere dicuntur.

40 Colligitur ex hac glos. quod dupliciter quis dicitur habere testamenti factionem, actiuè & passiuè: actiuè, quando testamentú condere potest, passiuè, quando in testamento hæres institui potest, d. §. testamenti, de hęred. qual. & differ.

Secundo colligitur ex glos. ꝙ significatio illorú verborum, testamenti factionis, in tex. nostro, passiuè accipitur, pro his qui hæredes institui possunt in testō, & ex eo commodum percipere, non autē actiuè pro his, qui testamentú facere possunt: quia aliter exceptio quàm ibi facit tex. non esset bona, ex quo illa non esset de regula sicuti requiritur, d. l. nā quod liquidè, §. fin. de penu leg. non. n. esset ista bona exceptio, ij possunt esse testes qui testamentum facere possunt, fallit in furioso, & in alijs, qui non possunt facere testamētum, vnde cú testamentum facere non possint, sequitur quod non sit bona exceptio; ideò significatio eorú verborum, testamenti factionis, accipitur passiuè, vt ij possint esse testes in testamento qui in eo hæredes institui possunt, fallit in muliere, seruo, & in alijs qui hæredes institui possunt, & tamen nō possunt esse testes; & sic cum hoc intellectu pertranseunt DD. communiter, prout de communi testatur Tobias hic, num. 15.

Sed contra hunc intellectum insurgit Ozet. hic, nam secundú eum si testamenti factio passiuè acciperetur in tex. nostro, adhuc obstat obiectio quam statim fecimus contra actiuam significationem, videlicèt, quod exceptio quam fecit Imperator, non sit de regula: nam si possunt in testamento testes adhiberi qui in eo hæredes institui, & ex eo commodum percipere possunt, exceptio postea facta in muliere, non est bona: nam mulier excipitur hic, & tamen habet testamenti factionem actiuam, quia potest condere testamentum, vt est tex. in §. fin. J. de exhæred. libe. similiter excipitur hic surdus, & mutus, & tamen quandoque surdus & mutus habet testamenti factionem actiuam, quia potest condere testamentum quando scit scribere, vt est tex. in l. discretis, C. qui testam. fac. poss.

41 Sed ista obiectio prout rectè animaduertit Tob. hic, nihil potest obstare contra intellectum glos. & communem: nam licèt mutus, et surdus, & mulier, habeant testamenti factionē actiuam, quia possunt facere testamentum, ex hoc non sequitur, quod exceptio nō conueniat Regulæ: quia mulier quoque, & mutus, & surdus, habent testamenti factionem passiuam: quia possunt in testamento hæredes institui, & ex eo commodum percipere; vndè, si ponamus Regulam, hi possunt esse testes in testamento, qui possunt hæredes institui, excipitur mulier, mutus, & surdus, benè hoc procedit: quia licèt mulier, mutus, & surdus, habeant testamenti factionem passiuam, & ex eo cōmodum percipere possint, non tamen possunt in eo testamento testes adhiberi, & ita benè procedet exceptio, & est de regula sicuti requiritur.

Sed adhuc contra prædictum intellectum gl. & communem opponi potest eodem pacto, quod exceptio non sit de regula, accipiendo etiam testamenti factionem in passiua significatione: nam hic in textu nostro enumerantur improbi, & intestabiles, qui non possunt esse testes, & tamen hi neque actiuè neque passiuè habent testamenti factionem, & ideò non erit bona exceptio, ij possunt in testamento testes adhiberi, qui possunt in eo hæredes institui, & ex eo commodum percipere, nam excipiuntur improbi, & intestabiles, qui non possunt esse testes: quia hoc casu cum hi non possint hæredes institui, exceptio deinde non erit bona, cum non erit de regula, ideò patet, quod iste intellectus glos. ad textum nostrum quod testamenti factio accipiatur in passiua significatione, non uidetur subsistere, ex quo exceptio postea facta de improbis & intestabilibus, non esset de regula sicuti requiritur.

42 Quare Bald. in l. in fraudem, in fi. ff. de testa. milit. huic textui alium accōmodat intellectum, vt s. generaliter accipiatur, ꝙ omnes ij possunt in testamento testes adhiberi, qui testamenti factionē habent actiuam & passiuam, vel quod possint facere testamentum, vel quod possint capere ex testamento, exceptis personis hic enumeratis, & ita omnes exceptiones conuenient huic textui, secundum prędictum intellectum.

Attamen, & ipsum improbat Viglius, quem sequitur Tobias hic, & rectè iudicio meo, quia in textu excipiuntur improbi, & intestabiles, qui neque actiuam, neque passiuam habent testamenti factionem, vt Infra videbimus, & statim diximus, ergo prædicta exceptio non erit de regula.

Si ergo ponamus regulam, quod omnes ij possunt in testamento testes adhiberi qui habent testamenti factionem vel actiuè vel passiuè, exceptio postea facta de improbis & intestabilibus, non erit bona, ex quo non est de regula, sicuti requiritur, cum sit indubitatum, vt dictum fuit, quod improbi & intestabiles non habeant testamēti factionem neque actiuam neque passiuam, vt J. dicemus.

Vnde dicebat Fab. ꝙ in tex. nostro nulla ponitur exceptio, imò Imperator procedit addendo diuersos casus, per illa verba, sed neque mulier, & quæ sequuntur: textus. n. noster non procedit exceptiuè, sed potius diuersificatiuè, quod probatur: quia nulla ponit in tex. nostro dictio, quę exceptionē significet; Itē patet, vt dicebat Vigli. quia copula neque,

ponitur in negatione, in ver. sed neque mulier. si au tem aliqua copula subiecta exceptiuæ dictioni poneretur, vim ipsius exceptionis immutaret; quapropter dicendum est, noluisse Imperatorem de prædicta Regula excipere, sed progreditur Imperator per numerationem certorum casuum, clarius explicaturus qui testes in testamento esse possint, cum enim dixit, qui possint in testamento testes adhiberi, in vers. deinde, sed neq; mulier, declarat, qui testes adhiberi non possint.

43 Ego autem credo, quod in vtraque significatione rectè accipi possit, & in actiua scilicet ac passiua, quod ij qui possunt facere testamētum, possint etiam in eo testes adhiberi, quod tamen limitatur nonnullis modis per text. nostrum, quia, vt dicebat Faber, Imperator non loquitur per modum exceptionis, sed potius ad diuersos casus.

Primo ergo limitatur in muliere, quæ habet testamenti factionem actiuam, eo quia potest facere testamentum, & tamen non potest in eo testis adhiberi, vt hic, & d. l. qui testamēto, §. sed neque mulier, cum supra deductis.

Secūdo fallit in surdo, & muto, qui litteras sciat, & scribere minimè ignoret, tunc ipse potest facere testamentum, & sic habet testamenti factionem actiuam, d. l. discretis, C. qui testa. face. poss. & tamen non potest esse testis.

Similiter, potest poni Regula in actiua significatione, quod ij qui non possunt facere testamentum, non possunt esse testes, quæ Regula probari videtur in l. is cui, in princ. ff. eod. vbi is cui bonis interdictum est, testamentum facere non potest, ergo nec testis esse; ita arguit ibi I. C. quæ Regula fallit in filiofamiliâs, qui testamentum facere non potest, vt infra quib. non est permiss. fac. test. & in l. filiusfamiliàs, §. 1. de donat. causa mort. tamen testis in testamento esse potest, §. pater, infra eod.

Similiter, potest intelligi in passiua significatione, vt ij qui possunt in testamento hæredes institui, & ex eo commodum percipere, possint esse testes in testamento, quæ regula limitatur.

Primò, vt non procedat in impubere, qui potest hæres institui, & tamen non potest esse testis.

Secundo limitatur in furioso, in seruo, in muto & surdo, qui omnes hæredes institui possunt, non tamen possunt esse testes in testamento.

Tertio non procedit in eo, cui bonis interdictū est à Iudice, quod dictum intellegēdum est propter prodigalitatem, qui similiter sentit commodum hæreditatis, tamen non potest esse testis.

Posset etiam poni Regula negatiua in passiua significatione, vt ij qui non possunt hæredes institui, non possunt esse testes; quæ Regula negatiua fallit in Fratribus Minoris Ordinis qui Mendicantes dicuntur, qui non possunt hæredes institui, tamen ij possunt esse testes in testamēto, vt inquit Summus Pontifex in Clement. Exiui de Paradiso; Et hæc circa intellectum text. nostri mihi dicenda occurrebant.

44 Capio glos. in verbo, neque mulier, quam diuido in tres partes, in Prima timore contrarij restringit text. in secunda reddit rationem quare mulier in testamento esse non possit. in tertia & vltima quærit & respondet. Secunda ibi, ratio. Tertia ibi, quid de hermaphrodito.

Pro primę partis explicatione oppono contra text. dum in eo dicitur, quod mulier testis esse non potest, de tex. in l. ex eo, ff. de testib. vbi dicitur, quod mulier potest esse testis. Respondet glos. quod mulier non potest esse testis in testamento, & ita loquitur text. noster, in alijs autem omnibus casibus accipitur in testē prçterquam in testamento, vt ff. eod. l. qui testamento, §. mulier, vbi mulier testimonium dicere in testamento quidem non potest, aliàs autem præterquam in testamento mulier potest esse testis, quod probat I. C. eo argumento: quia ex quo lex Iulia de adulterijs prohibuit, vt mulier damnata de adulterio non possit dicere testimonium, ergo à contrario sensu, quod argumentum validum est in iure nostro, l. 1. §. huius rei, ff. de offic. eius, colligitur, quod si mulier de crimine adulterij non fuerit dānata, testimonium dicere poterat, & ita etiam argumētatur I. C. in d. l. ex eo, ff. de testib. vbi etiam glos. notab.

In secunda parte adducit glos. rationem, quare mulier in testamento testimonium dicere non possit, dicens, ratio est, vt C. de fideicōmiss. l. fin. & est inquit glos. timor falsitatis. Dicitur in d. l. fi. quod idcirco lex in testamento exigit maiorē numerum testium quàm duorum, scilicet septem, ne quid falsitatis in testamento fiat, ideò mulier in testamento testis esse non potest, quia propter sexus fragilitatē est timor falsitatis, & idē etiam dicit glo. in d. l. qui testamento, §. mulier, vt ibi dicit glos. est fragilis, corruptibilis, & ideo varium & mutabile testimoniū semper fœmina producit, vt inquit text. in cap. forus, extra de verb. sig idcirco, quia mulier posset decipi, & corrumpi, lex voluit propter timorē falsitatis, vt prohibeatur esse testis in testamento. quæ tamē ratio vt diximus supra in notabilibus, non vā bona, quia ea attenta, sequeretur, quod etiā mulier in contractib. non posset esse testis, ideò ratio est ea quam nos supra recitauimus in tertio notabili.

Sum modo in tertia & vltima parte ipsius glos. pro cuius expeditione quæro, quid iuris sit de hermaphrodito nūquid in testamēto testis esse possit? Respond. si præualet in masculino sexu, recipitur in testem, vt ff. de statu homin. l. quæritur, & ff. de testib. l. repetundarum, §. 1. in l. quæritur, habetur; quod cum quæreretur hermaphroditum comparatione, inquit text. magis puto secundum eius sexum æstimandum, qui in eo præualet. Hermaphroditus ergo si præualet in sexu masculino, ex quo comparatur masculo, & masculus reputatur, potest in testamento testis adhiberi, in l. repetundarū, §. fin. ff. de testib. dicitur hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit qualitas sexus incalescentis ostendit, quasi dicat ibi text. quod si præualet in sexu masculino, poterit esse testis, secus verò si in fœminino, quia non poterit.

45 Colligitur ex hac glos. quod mulier in alijs casibus preterquam in testamento testis adhiberi potest. Quæ conclusio probatur in l. qui testamēto, §. mulier, ff. eod. & in l. ex eo, ff. de testib.

Iuxta hanc glosę conclusionem adnotant Scribentes hic duas quæstiones.

Prima

Prima est, nunquid mulier possit esse testis in codicillis.

Secunda nunquid in causa criminali.

Quo ad Primam conclusionem communi omnium Interpretum ore concludatis, mulierem in codicillis testimonium dicere posse; quã tenuit glo. in l.fin. in verbo, quinque, C. de codicill. glos. & Bart. in l. qui testamento, §. mulier, ff. eod. de testamen. glos. in cap. de crimine, 15. quæst. 3. & in cap. in decima, 18. quæst. 3. tenuit Speculat. de testibus, vers. item quod si mulier. Eandem sequuti sunt Bart. Bald. Alberic. Corn. Alexand. Salicet. Ias. in d.l.fin. C. de codicill. Bart. Bald. Alberic. & Aret. in l. qui testamento, §. mulier, ff. eod. Socin. in suis Fallent. Regula... Viglius, Ozer. & Tobias hic, num. 17. post Aret. Plat. & Fabr. de communi testatur idem Tobias, & testatus est ante eum Marian. Socin. in tract. de testib. num. 6. Lanfranc. de Oriano ibi, num. 80. Nellus de S. Gemin. ibidem, nu. 32. Nepos à monte Albano, in d. tract. de testib. num. 65. eandem tenuit Viuius in suis Opin. in verbo, testes, nu. 3. dixit Bald. in cons. 8. lib. 5. & Alex. cons. 218. vol. 1. & in cons. 105. col. 4. vol. 3. quam etiam opin. ego libentissimè amplector.

46 Pro qua deduco text. in d.l.fin. C. de codicill. in §. fin. vbi dicitur, quod in omni alia vltima voluntate, præterquam in testamento quinque testes siue rogati, siue fortuiti debent adhiberi, ergo cum ibi mulier non reperiatur prohibita, poterit dicere testimonium, vt animaduertit ibi glossa.

Confirmatur: quia edictum de testibus est prohibitorium, adeò, vt qui prohibitus non est, admissus censeatur, l. 1. §. adhiberi, ff. de testib. at mulier non reperitur prohibita, ergo poterit esse testis.

Tertio cessante ratione prohibitionis, cessat & ipsa prohibitio; argum. l. adigere, §. quamuis, ff. de iure patr. cap. cum cessante, extra de appellat. at ratio quare mulier non potest esse testis in testamẽto est, quia veteres ad solemnia iuris ciuilis non admittebant nec seruum, nec mulierẽ, l. qui testamento, §. seruus, ff. eod. testium autem adhibitio in testamento ad solẽnia iuris pertinere dicitur, d.l. qui testamento, at in codicillis nulla requiritur solemnitas iuris, §. fin. infra de codicill. ergo mulier in illis poterit esse testis.

47 Contrariam tamen opinionem attentare ausus est Decius, in l. 2. nume. 26. ff. de reg. iur. qui dixit mulierem in codicillis testimoniũ dicere non posse, quẽ sequutus videtur Marian. Socin. in tractatu de test. nu. 6. licèt sub dubio asserere hoc videatur.

Primo mouebatur Decius, quia prohibitio in testamento facta, etiam in codicillis videtur locum habere, l. conficiuntur, §. codicilli, & l. diuus, §. codicillos, il 2. ff. de iure codic. l. 2. de leg. 1. & per alia iura quæ ipsemet allegat: sed mulier prohibetur esse testis in testamento, vt hic, & in d.l. qui testamẽto, §. mulier, ff. eod. ergo prohibetur etiam esse testis in codicillis.

Respond. Aret. in d.l. qui testamento, §. mulier, quem etiam refert Dec. in d.l. 2. ꝙ Regula prędicta habet locum, quãtum ad habilitatẽ personę, quod ille s. qui non potest facere testamentum, nõ potest pariter facere codicillos, non autem procedit respectu solemnitatis testamenti, quia solemnitas in testamento requisita, non habet locum in cõdicillis, vt est text. in l. fin. in fine, C. de codicill. & certè hęc responsio mihi verissima videtur, nam iura deducta ad probandam Regulam, loquuntur in istis terminis, vt est videre in d.l. conficiuntur, §. codicilli, & in l. diuus, §. codicillos, de iure codicill. & in l. 2. ff. de leg. 1. quę iura vtiq; dicunt, quod qui nõ potest facere testamentum, facere etiam non possit codicillos, nullum autem verbum de solemnitate, quod scilicet eadem requiratur solemnitas in codicillis, quæ in testamento, imò quæ requiritur in testãtõ, nõ requiritur in codicillis, d. §. fi. J. de codicill.

48 Nec obstat replicatio Tobiæ hic, num. 17. dicentis, ideo in d.l. fin. C. de codicill. & in d. §. fin. infra, de codicill. illud est, quia lex expressè derogat dictis solẽnitatibus, aliàs si ita non derogasset, secùs esset.

Nam respondeo, ꝙ ex quo text. ibi dictis solemnitatibus expressè derogat, datur intelligi, quod prohibitio facta in testamento respectu solẽnitatis, non procedit in codicillis, & sic prædicta Regula non sibi locum vendicat respectu solẽnitatis, sicuti etiam probat tex. in d. §. fi. de codicill. deducta autem superius procedunt respectu personæ, vt qui testamentum facere non potest, non possit etiam facere codicillos; licèt igitur mulier testis esse nõ possit in testamento, non tamen sequitur, quod & in codicillis prohibeatur.

Nec obstat etiam dum Tobias retorquebat in contrarium d.l. fin. C. de codicill. dicens, qui vnum vel duo excludit, cętera admittere censetur, l. eum Prætor, ff. de iudic. sed Imperator ibi ex testibus testamentarijs numerum septem, et rogatum tantum excludit, ergo censetur alias testium qualitates includere & admittere.

Respondeo, quod licèt Imperator illas duas solẽnitates testamentarias in codicillis excludat, non tamen alias includit, sed fecit illud gratia exẽpli, & exempla non restringunt regulã, l. eum pater, §. dulcissimi, de leg. 2. l. damni infecti, ff. de damno infecto, quod probatur per text. in d. §. fin. infra de codicill. vbi codicilli nullam requirunt solemnitatem; licèt ergo Imperator in d.l. fin. duas tantum excludat solẽnitates testamentarias in codicillis, tamẽ in d. §. fi. oẽs excludit solẽnitates, vt ibi ẽt declarat gl.

Nec obst. etiam aliud Tobiæ, dicentis, ꝙ in codicillis eędem requiruntur solemnitates, quæ in testamento, l. fi. C. quemadm. test. aper. quia illud procedit quo ad publicationem, & aperturã ipsorum codicillorum, debet enim eadem obseruari solemnitas in apertura codicillorum, quę in testamentis; quæ responsio probatur ex natura tituli in quo d. l. fin. est situata, argumento l. Imperatores, ff. de in diem adiect. & ibi etiam expressè illud probatur. Ex his ergo est penitus sublatũ primum arg. Decij.

Secundo tamen pro opinione prędicta mouetur Decius per l. hac consultissima, vers. quæ in eundẽ modũ, C. qui testam. fac. poss. vbi text. in prin. facit mentionẽ de septem testibus, qui regulariter in testamento requirũtur, & postea in vers. quæ in eundem modũ, dicitur, quod ea quæ supra dicta sunt, in eundẽ modum debere obseruari in codicillis, ergo vr, quod qualitas testiũ requisita in testamento,

habeat etiam locum in codicillis, sed in testamento mulier non potest esse testis, ergo nec in codicillis.

Huic textui respondebat Viglius, quod d. vers. quæ in eundem modum, non refertur ad qualitaté testium, sed ad tabellarium, & subscriptiones, & ad alia, quæ specialiter vltra vulgarem testandi formam interuenire debent, quia & illa in codicillis seruari debent.

Sed hęc solutio teste etiam Tobia hic, est diuinatiua, cum tex. ille simpliciter dicat, in eundem modum esse, quæ supradicta sunt in codicillis: quia si non inspiciamus testium qualitatem, vtique nó in eundem modum seruantur, sed in diuersum; Vndè, ipse Tobias alio modo respondet, quod ille tex. loquitur in casu speciali, cum in codicillis factis à cœco, & ab eo qui caret luminibus, etiam septem testes requirantur, vndè, regulariter eadem obseruantur in codicillis quæ in testamento, ideò, licèt fortaßè in eo casu quando cęcus facit codicillos mulier testis esse non possit, cum ibi sit speciale, & exceptio firmet Regulam in casib. non exceptuatis, vt tradit Decius in l. 1. ff. de reg. iur. & vera est resolutio ad illum textum.

49 Tertio mouetur Port. hic, licèt ipse teneat opin. communem; Id quod in genere dispositum est, in qualibet eius specie dispositum censetur, l. si quid eatum, §. interemptum, de leg. 3. sed codicillus est species testamenti, vt est text. secundum eum in l. 1. C. de codicill. ergo cum in testaméto testis esse non possit, nec ét erit in codicillis. Ita etiá argumératus Maria. Soc. in tract. de testib. nu. 6. per gl. fi. l. 1. ff. eo.

Respond. prout etiam respondet Tobias hic, quod imò condicillus non est species testamenti, argumento text. in l. si idem, C. de codicill. & patet ex his quæ diximus in euidentialibus, in princ. huius tit. vbi diximus, quod testamentum & codicillus sunt species vltimæ voluntatis, & inter se sunt species distinctę & separatæ. Neq; obst. d. l. 1. C. de codicill. quia ibi non probatur quod codicillus sit species testamenti, sed quod codicilli dependent à testamento, tanquá à principali, quoties. n. fit testamentú & deinde codicilli, tales codicilli debét confirmari à testaméto, vt est tex. in §. non tantú, infra de codic. vndè, cum rumpatur testamentum quod confirmat codicillos, etiam codicilli rumpuntur, argumento l. cum principali, ff. de reg. iur.

Secundo potest respóderi, quod licèt codicillus esset species testamenti, prout testamentum est vltima voluntas, et testatio mentis, adhuc non obstat primum fundamentum: quia dum dicitur in textu nostro, & in l. qui testamento, §. sed neque mulier, quod mulier in testamento testis esse non potest, intelligitur quod non possit esse testis in testamento in specie sumpto, non autem in genere, prout est vltima voluntas, & testatio mentis, ideo non obstat, dum dicebatur, quod ex quo mulier in testamento prohibetur esse testis, ita etiam in codicillis prohiberi debeat, quia non tenet consequentia ex quo vt dixi, prædicta iura loquuntur de testamento in specie considerato, vt scilicet mulier in eo testis esse non possit, vnde licèt in testamento in specie mulier testis esse non possit, tamen ex his non sequitur, quod non possit esse testis in testamento in genere, & in codicillis etiam.

50 Quarto adducitur ex Port. quia vbi est eadem ratio, ibi etiam & idem ius esse debet, l. illud, ff. ad l. Aquil. sed illa eadem falsitatis ac fragilitatis sexus ratio quæ adest in testamento, propter quam mulier in eo esse testis non potest, eadem etiam in codicillis reperitur, ergo eadem quoque iuris dispositio esse debet.

Respond. quod imò ratio quare mulier in testamento testis esse non potest non est propter fragilitatem sexus, & propter timorem falsitatis, quia etiam in contractibus & in iudicio testis esse non posset, attamen hoc est falsum, vt supra diximus in 3. notab. repellitur ergo à testimonio dicendo in testamento, quia mulier ad solemnia iuris non admittitur, & testium adhibitio in testamento ad solennia iuris ciuilis pertinere dicitur, l. qui testamento, ff. eod. ideo hęc ratio nó militat, imò cessat in codicillis, qui explicantur absq; solénitate, §. fin. J. de codic. vnde nec istud fundamentú obstare videtur.

Quinto & vltimo mouetur vltra DD. ergo si fœmina in codicillis poterit esse testis, sequetur, quod quinque fœminæ poterunt interuenire in codicillis, & sic solæ fœminæ sine masculo, quod tamen periculosum est, imò hoc non potest fieri, & actus non valet, quia glos. in d. l. fin. de fœmina loquitur in numero singulari, ergo quádo omnes testes erút fœminę, non valebit actus, ita sentit Bart. in cap. relatum, de testam.

Respondetur, quod tale argumétum tollitur ex ipsomet Barbat. dum dicit, dispositionem conceptú in numero singulari, etiam locú habere in pluribus, proinde sat est, mulieres non esse prohibitas adhiberi testes, nec in codicillis eadem quæ in testamentis solemnitas requiritur, vt supra diximus.

Restat ergo firma Conclusio, Mulierem in codicillis testimonium dicere posse.

51 Superest, vt & ad alteram quęst. accedamus, nunquid scilicet mulier possit esse testis in causa criminali. Et breuitati consulendo concludunt Fab. Aret. & alij hic, quod mulier de iure ciuili in causa criminali possit, secùs verò de iure Canonico, sed quoniam hęc questio non transit sine contradictione, ideo altius illam repetam, argumento l. legaui, ff. de liberat. lega.

Sit igitur quęsitum, An mulier de iure ciuili possit esse testis in causa criminali? qua in quæst. communis est opinio quod sic; quam tenuit glos. in ca. forus, in fine, de verb. signific. glos. in cap. ex eo, 15. quæst. 3. Sequitur Speculat. in tit. de teste, in §. 1. in vers. item, Abb. & Aret. in cap. quoniam, extra, de testib. eam tenent Aret. Fab. Tobias hic, nume. 18. Hanc sequuntur Stephan. Aufrer. in tract. de testib. num. 69. Iacob. Ægid. ibi, num. 5. Nepos à monte Albano, num. 66. & Ioan. Crot. ibidem, num. 57. qui testatur de communi. Hanc esse communem opinio. testatur Grammat. consil. criminal. 13. num. 16. & Viuius in suis Opinion. in verbo, testis idonea.

Probatur primo loco hæc opinio communis, per text. in l. 3. §. lege Iulia, de testib. vbi mulier in accusatione criminis legis Iuliæ de vi, repellitur, quæ sui corporis quęstum facit, ergo mulier quæ

non

non laborat tali macula, admitti in similib. causis.

Confirmatur secũdo ex l. ex eo, ff. de testib. in sui generalitate, ex eo n. ꝙ lex Iulia prohibet mulierẽ damnatã de adulterio testimoniũ dicere non posse, colligitur à contrario sensu, ꝙ si nõ fuerit damnata de adulterio, poterit esse testis, & sic ille text. loquitur generaliter, ergo etiã in causa criminali poterit testimonium dicere. Ad idem facit l. 2. ff. de accus.

52 Tertio edictum de testibus est prohibitorium, adeò, quod qui prohibitus nõn est, censetur admissus, l. 1. §. adhiberi, ff. de testib. sed mulier non inuenitur prohibita esse testis in causa criminali, ergo censetur admissa.

Contrariam tamen opin. quod imò mulier testis esse non possit in causa criminali de iure ciuili, tenuit Iacob. de Aren. quem refert Ioan. Andr. in addit. ad Spec. in tit. de teste, §. 1. num. 83. & post eum recentiores varijs in locis. Eandem opinionem tenuerunt Alexand. cons. 99. col. fin. lib. 1. Grammat. cons. crimin. 12. num. 16. Iacob. Nouel. in sua praxi, in Rubr. crimina obiecta, nu. 46. Viuius in suis opin. in Rubr. testis idonea.

Deducitur pro hac opin. contra communẽ text. in cap. forus, extra, de verb. sign. §. testes, vbi testes considerantur conditione, natura, & vita; Conditione, si liber, non seruus; Natura, si vir, non fœmina; Vita, vt sit talis, quod ex sui defectu non sit incapax; Sed testimonium mulieris varium est, attenta illius natura, vt s. diximus in notabilibus, ergo.

53 Ego verò qui sequor opinionem communem, quod imò mulier possit esse testis, respondeo ad dictum §. testes, quod ille tex. procedit de iure Canonico, prout loquitur glos. ibi, quam sequuntur Scribent. hic, ergo sumus nos in casu diuerso.

Secundo tamen deducitur; In criminalibus probationes debent esse luce meridiana clariores, l. fin. C. de probatio. sed probatio mulieris non est talis, d. cap. forus, ergo.

Respondetur, quod claritas probationũ de quibus loquitur d. l. fin. non consistit principaliter in qualitate testium, sed opus est vt accusator idoneis probationibus delictum ostendat luce ipsa clarius, vt per recentiores in tract. maleficiorum.

Secundo respondetur, quod mulieris testimoniũ de iure ciuili facit veram, & ordinariam, ac legitimam probationem, licèt maioris authoritatis sit testimonium viri quàm mulieris, ita DD. communiter, in tract. de testib.

54 Tertio confirmatur opin. contra communem ex Port. hic, nam difficilius quis admittitur ad testificandum in causa criminali, quàm ad testificãdum in causa testamenti, quia minor viginti ann. non potest testificari in causa criminali, l. in testimonium, ff. de testib. & tamen potest testificari in causa testamenti, dummodo sit pubes, ergo mulier quę repellitur à testificando in causa testamenti, intelligi debet facilius reprobata à testificando in causa criminali.

Respond. quod idcirco in testamento non potest esse testis mulier, in causa autem criminali sic: quia in testamento possunt per testatorem alij idonei testes pro voto adhiberi, & in pótestate testatoris est quos adhibeat, non sic maleficio, vbi delinquens non vocat testes, quando delinquit, ideò, ne probationum facultas angustetur, mulier in maleficio, & sic in casu criminali testis esse poterit; & hęc est ratio differentiæ quare magis admittatur mulier ad reddendum testimonium in causa criminali, quàm in testamento, licèt quis difficilius admittatur ad testificandum in criminali causa, quàm in causa testamenti. Ratio diuersitatis modò, quare mulier magis admittatur ad reddendum testimonium in causa criminali, quàm pubes minor viginti ann. est, vt dicebat Fab. quia minor non ita perfectè de vno negocio & eius circumstantijs iudicat, sicuti mulier perfectę ætatis: sed quare magis admittatur pubes minor viginti ann. in testamento, quàm mulier, si illa de vno negocio & eius circunstantijs melius iudicat, ex quo est perfectæ ætatis, quàm minor; & respondet Fab. duobus modis. Primò, quia mulier est varia & instabilis, in testamentis autem vt plurimum plures articuli continentur, quos sensus mulieris varius & mutabilis facilè capere non potest, & si caperet, difficillimè narraret, ideo non admittitur in testamento, quæ ratio cessat in pubere qui sit minor viginti annis.

55 Secundo respond. Fab. quod testificari in testamento est quoddam officium, & ferè publicum, vt probari videtur in l. si quis ex singularib. ff. quemadm. testam. apet. quæ officia mulieribus non benè conueniunt, vt ff. de reg. iur. l. fœminæ, vbi fœminæ ab omnibus ciuilibus officijs vel publicis remotæ sunt, & ex hoc si possent testificari in testamento se possent consortijs hominum voluntariè ingerere, quod non conuenit, l. 1. C. de off. iud. cap. mulieres, extra, de iudic. lib. 6. quę ratio cessat in pubere licèt sit minor viginti ann. Et hanc secundam solutionem sequitur Tobias hic, nu. 18. non enim ideo reprobatur mulier in testamento, quia non sit legitima & idonea probatio, sed quia testes testamentarij ad solemnia dicuntur adhiberi, d. l. qui testamento, §. veteres, ff. eod. mulier verò ad huiusmodi solemnia non admittitur, dicta l. fœminę, vbi Doctores, ff. de reg. iur. quæ ratio cessat in causa criminali; quia non dicitur tunc mulier adhiberi ad solemnia, meritò igitur in causa criminali mulier testis esse potest.

Tertio comprobatur: quia vbi est eadem ratio, ibi quoque debet esse eadem iuris dispositio, l. illud, ff. ad leg. Aquil. l. à Titio, in fine, ff. de verbor. oblig. sed illa eadem ratio falsitatis vel fragilitatis sexus, quæ est in testamento, est etiam in causa criminali, ergo ibi quoque debet esse eadem iuris dispositio: sed prohibetur mulier ea ratione fragilitatis sexus & falsitatis in testamento esse testis, ergo prædicta ratione etiam in causa criminali prohiberi debet.

Respond. negando minorem: quia imò non est eadem ratio: nam ratio quare in testamento non admittitur mulier, est ea, quam statim adduximus, quæ quidem cessat in causa criminali.

Quartotamen adducitur text. in l. qui testamento, §. mulier, ff. de test. nam mulier ibi ideo repellitur, quia in testamento fraudes fieri possunt, l. fin. C. de fideiussor. quas mulier propter sexus fragilitatem præuidere non potest, argum. l. fin. in fine,

non

ff. qui pet. tutor. sed quãdo agitur de probando aliquo crimine, an sit factum vel non, versatur aliqua fraus, & est tale factum quod æquè potest cadere in cogitationem mulieris, sicuti maris, igitur mulier non est repellenda à testimonio in causa licèt criminali.

56 Confirmatur & quinto eadẽ opin. contra communem, ex l. quæstionibus, ad l. Iul. Maiestat. vbi videtur speciale, quod mulier admittatur ad probandum crimẽ læsæ Maiestatis, ergo in contrarium erit ius cõmune, l. ius singulare, ff. de legib. l. 1. in fine, ff. ad municipal.

Respondetur, quod specialitas versatur ibi in hoc, quia sicuti per testes masculos qui laborãt infamia crimen probari potest, l. famosi, in princip. ff. ad l. Iul. Maiest. ita etiã per mulierem infamem tale crimẽ potest probari; patet hoc ex eo tex. dum dicit, quod cõiuratio Catilinę detecta fuit per Fulniam mulierem, quæ fuit meretrix, & impudica, & licèt exempla Regulam non restringant, illam tamen declarant, vt ea dissimilia expressis non includantur, cap qui ad agendum, de procur. lib. 6. Clement. non potest, de procurator. Ex deductis ergo hucusque veriorem esse existimo hanc opin. communem, quod mulier de iure ciuili possit esse testis in causa criminali.

58 Quæ tamen Conclusio limitatur, vt non procedat, quando mulier deponeret in crimine publico, vel vbi debeat fieri alia eius membri abscisio, tunc enim mulier testis esse non potest, ita limitauit Platea hic, quem sequitur Aret. dixit Stephan. Aufrer. in d. tract. de testib. nu. 69. Ratio est: quia sicuti mulier in tali iudicio publico nõ potest accusare, l. qui accusare, ff. de accusat. ita & non debet admitti ad prohibendum testimonium. Quæ tamen limitatio non satis tota videtur, nam quemadmodum animaduertunt Tobias hic, & alij cum Recentiores & antiquiores, in tract. de testib. nã famosi admittuntur ad accusandum in iudicijs publicis, l. mulieres, § famosi, ff. de accusat. & tamen testes esse non possunt, vndè ego non credo hanc veram esse.

58 Circa secundum caput, an ipsa mulier admittatur ad testimonium in causa criminali de iure Canonico, concludunt DD. quod non. Ita tenuit Specul. in tit. de teste, §. 1. Ant. de Butr. Abb. & alij, in cap. 3. extra de testib. Ante eos fuit opin. gloss. in d. cap. forus, in fine, de verb. signif. glos. in cap. ex eo, 15. q. 3. Archidiacon. in cap. 2. de iudic. lib. 6. Eandem tenuerunt Florian. in l. ex eo, ff. de testib. Ioan. de Platea, Aret. Tobias hic, num. 19. Maranta, in Tract. Iudiciorum, par. 4. num. 29. Plura cumulat Marsil. consil. 22. & consil. 18. num. 34. Hanc esse opin. communem dixit Abbas, in cap. quoniam, de testib. Decius in l. fœminæ, no. 33. ff. de reg. iur. consuluit Alex. cons. 55. col. pen. lib. 1. Eam tenuerunt Nepos à monte Albano, in tract. de testib. num. 66. Aufrer. nu. 69. Crotus ibidem, nu. 55. vbi etiam Ægid. nu. 5.

Probatur primo ex textu in cap. mulierem, 33. q. 5. vbi dicitur, mulierem constat subiectam dominio viri esse, & nullã authoritatem habere, nec docere potest, nec testis esse, & quæ sequuntur. gl. ibi declarat, q̃ nõ potest esse testis in causa criminali.

Sed huic textui respõdet Decius in d. l. 2. nu. 55. quod ille text. non magis loquitur in causa criminali, quàm ciuili, sed tantum probat ille text. quod mulier non possit esse testis sine consensu viri, hoc enim infert ibi text. ex dicto præcedenti, dum inquit, mulierem esse viro subiectam, vnde accedente viri consensu, videtur quod possit esse testis in causa criminali, sicuti in ciuili, quam etiã responsionem sequitur Tobias hic.

Secundo tamen deducitur ex mente Canonistarum text. in d. cap. forus, §. testes, vbi dicitur, quod testimonium varium mulieris est, & non est tantæ authoritatis sicuti masculorum: sed huic etiam textui respondet Decius, quod ista ratio non est generalis, & non magis in causa criminali quàm in ciuili loquitur.

Itaque Decius ipse fuit in opin. contraria, quod etiam de iure Canonico mulier in causa criminali possit esse testis, quam etiam sequutus est Tob. hic.

59 Et pro hac mouetur Decius vnica ratione; Vbi non est expressè facta differentia inter ius Ciuile et ius Canonicum, nos illam inducere nõ debemus, vt est tex. in cap. 1. ext. de noui ope. nunc. sed nullibi probatur quod mulier de iure Canonico in causa criminali non possit esse testis, de iure autem ciuili potest, vt supra conclusum est, ergo non debemus inter ius Canonicum & ius Ciuile hanc inducere differentiã, imò sicut de iure Ciuili in criminali causa potest esse testis, ita et de iure Canonico.

Sed ego existimo hanc Decij opinionem in via disputatiua, & legendo defendi posse, tamen in iudicando nullo pacto esse recedendum à communi, propter authoritatem tantorum Patrum, cum vnanimiter excepto Decio illam fateantur.

60 Hæc igitur opinio communis, quæ habet, Mulierem de iure Canonico non posse dicere testimonium in causa criminali, limitatur non habere locum, aliter quando delicti veritas haberi non possit p masculos, q̃a tunc etiã de iure Canonico mulier admittitur ad testimoniũ perhibẽdũ, puta, fuit interfectus Titius, in præsentia duarũ mulierũ, nec alij testes interfuerunt, tũc exploratum est, ex quo veritas aliter haberi non potest, præfatum homicidium posse probari per mulieres, quia in subsidium recipiuntur etiam de iure Canonico, ita dixit Ioan. Andr. & Abbas, in cap. fin. per illum text. de testib. cogend. & in cap. quoniam, vbi DD. communiter, de testibus. tenuerunt Dec. in cons. 363. col. 2. Marsil. in cons. 5. & cons. 102. & in l. diuus, nu. 9. ff. de quæst. in l. infans, nu. 43. ff. ad l. Cornel. de sicar. idem Decius in d. l. 2. num. 34. Alciat. in tract. de præsumpt. Regula 1. Grammat. cons. crimin. 45. num. 20. & Crotus in d. suo tract. de testi. nu. 56. & tandem est hæc communis omnium declaratio, ita, quod de ea vereri esset quædam hæresis.

61 Vltima est Conclusio, quæ elicitur ex hac gloss. quod hermaphroditus si præualet in sexu masculino testis esse potest in testamento, necnon in alijs dispositionibus, secùs verò si in fœminino, argumento l. quæritur, ff. de statu homin. l. repetundarum, §. 1. ff. de testib. & ratio est: quia si præualet in masculino sexu, reputatur masculus, si in fœminino, fœ-

no, fœmina, sed masculus idoneus est testis, ergo hermaphroditus similiter fœmina, nō potest esse testis, ergo nec hermaphroditus si præualet in sexu fœminino, ex quo fœmina reputatur. Vnde, Aret. dicit, quod ista glos. est signanda, & adnotanda, quia in ciuitate sua semel vidit quendam in qui virili sexu magis incalescebat, licèt fuerit frigidus in vtraque, tamen ille testis in testamento adhiberi potuisset.

62 Capio nunc gl. in verbo, neque impubes, quam ego aliter non diuido, illa enim mouet tātum quęstionem, & ei respondet. Pro illius explicatione dicitur in text. quod impubes non potest esse testis in testamento. glos. iuxta hoc mouet quæstionem, dicēs, quid de eo quod vidit in pupillari ętate, nunquid s. facto pubere admittatur eius testimonium, de eo quod vidit quando erat pupillus.

Respondet Accurs. quod in omnibus alijs præterquam in testamento posset testificari, sicuti & seruus, vt ff. de verb. signif. l. notionem, §. instrumētotum, & l. quoniā, in fine, C. de hæret. & Manich. Dicitur in d. l. notionem, §. instrumentotum, quod ille qui actum gessit dum erat in seruitute, instrumentorum appellatione comprehenditur, & sic probatur ibi, quod seruus potest de eo testificari, quod gessit & vidit dum erat in seruitute: nam testes veniunt appellatione instrumentorum, vt clarum est, & probatur in l. 1. ff. de fide instr. & ideò, si seruus factus postea liber fuerit potest testificari de eo quod vidit in seruitute, ita & pupillus factus pubes, poterit testificari de eo quod vidit in pupillari ętate, in l. quoniam, in fine, C. de hæret. & Manich. dicitur, quod facultas probationis non debet restringi & coangustari, ideo, ne probationum facultas angustetur, poterit impubes factus pubes testificari de eo quod vidit in pupillari ętate: sed hic non subdit glos. in causa testamenti, s. non poterit impubes factus pubes testificari de eo quod vidit in pupillari ætate, & sic esse testis minimè poterit, quia de substantia testamenti est, vt testes sint puberes, non autem impuberes, vt dicitur in textu nostro.

63 Colliguntur ex hac glos. duæ Conclusiones. Prima est, quod impubes factus pubes non potest reddere testimonium de eo quod vidit in pupillari ętate in testamento. Quæ Conclusio est communiter omnium ore recepta; & hanc opin. glos. nostræ tenuerunt glos. Bart. Bald. Alberic. Paul. Castr. & Aret. in l. ad testium, §. 1. ff. eod. Sequuntur Aret. hic, Fab. Pott. Ozer. Viglius, & Tobias nu. 21. & Recentiores in tract. de testibus.

Probatur in primis ex mente glos. quia de substantia testamenti est, vt testis qui in eo adhibentur sint puberes, sed in proposito nostro, tempore quo iste fuit adhibitus in testamento testis, non erat pubes, sed impubes, ergo testimonium eius non admittitur.

Confirmatur: quia conditio testium est inspicienda eo tempore quo dictum testamentum fuit conditum, l. ad testium, §. 1. ff. eod. sed tempore conditi testamenti conditio huius testis inhabilis erat, ex quo erat impubes, ergo eius testimonium non admittitur, etiam si postea pubes factus sit.

64 Augetur & tertio prædicta Cōclusio, traditum est pro forma à lege, quod impubes non possit esse testis in testamento, vt habetur in §. nostro, & in d. l. 3. ff. eod. ergo hæc forma non debet adimpleri per æquipollens, sed in specie, iuribus vulgaris, ergo etsi fuerit factus pubes, non per hoc efficitur habilis.

Quarto & vltimo comprobatur d. opinio communis; pupillus & furiosus ęquiparantur, vt firmant DD. communiter hic, & in Rubr. de pupill. subst. at ille qui habuit lucida interualla non potest testificari de his quæ fuerunt facta tempore sui furoris, ita & pupillus, cum eorum nullum sit animi iudiciū, l. 1. C. de falsa mon. cū concordantib.

65 Hæc tamen Conclusio limitatur per Aret. hic, vt non procedat in testamento militari inter liberos condito, & in testamento ad pias causas: quia in his testamentis admittitur impuberis testimonium, si tamen iste impubes sit proximus pubertati; Hanc limitationem tradidit Bald. in l. 1. nu. 36. C. de sacros. eccles. Felin. in cap. cum nobis, nu. 11. extra de præscript. & ratio est; quia in his testamentorum speciebus cessant omnes iuris ciuilis solemnitates, vt supra probauimus in prin. huius §. ideo non est mirum si admittantur. Et quoniam hoc caput notissimum in iure est, non aliter insistam.

Secunda colligitur Conclusio quod in alijs dispositionibus pręterquam in testamento testimonium impuberis valet de eo quod vidit in pupillari ætate, postquam est factus pubes, intelligendo tamen de illo, qui erat proximus pubertati.

66 Vnde pro intelligentia huius Cōclusionis sciendum est, quod quemadmodum sunt sex ætates Mundi, ita & parui mundi, s. hominis, sex etiam sunt ętates, ętas enim hominis distributa est in infantiam, in pueritiam, in adolescentiam, in iuuentutem, in senectutem, & in decrepitatem. Infantia durat à natiuitate vsq; ad septimū annum, Pueritia seu impubertas, vel pupillaris ætas, extēditur in masculis ad 14. annū, in fęminis vsq; ad 12. Adolescentia seu pubertas est vsq; ad 22. annū, tā in masculo q̄ in fęmina, iuuētus durat vsq; quo quis incipit inter senes numerari, vt in l. non aliter, de leg. 3. quæ quandoque est vsque ad annum quinquagesimumquintū, l. fin. C. qui ætat. lib. 10. senectus durat vsque ad centum annos, Decrepitas autem durat abinde vsque ad mortem.

67 Sciendum est etiam, quod pupillus seu impubes dupliciter consideratur; aut tanquam proximus infantię, aut tanquam proximus pubertati.

Proximus infantiæ dicitur ille, qui non excedit annum decimum cum dimidio, si sit masculus, si fœmina annum nonum cum dimidio.

Proximus pubertati dicitur, qui excedit annum decimum cum dimidio in masculo, in fęmina annum nonum cum dimidio, ita declarat gl. in §. pupillus, infra, de inutili stipul. & in l. pupillo, vbi Dec. ff. de reg. iur.

68 Quibus sic positis, statuo hanc Conclusionem, quod in omnibus dispositionibus præterquam in testamento pupillus, seu impubes, proximus pubertati potest esse testis in testamento & testificari de his quæ vidit in pupillari ętate; quam tenuit gl.

nostra

nostra hic, & glos.in l.3.§.lege Iulia,ff.de testibus, Bart.in l.notionem,§.instrumentorum,ff.de verb. signif. & in l. teste,§. 1.vers.videtur,num.36.Bart. Bald. Alber. & Castr.in d.l. ad testium, §.1, ff.de testib. Aret.hic, Viglius & Tobias hic, num.23. Eandem sequuti sunt Crotus in tract. de testibus, num.194.vbi Aufretius,nu.57.vbi Nellus,nu.35. & Iacob. Ægid.nu.6,

Et probatur hęc opinio authoritate glos. nostræ deducentis exemplum de seruo facto libero,qui potest dicere testimonium de eo quod vidit, dum erat in seruitute,d.l.notionem,§.instrumentorum,ff.de verb.signific.ita & hoc statuendũ est in impubere.

Secundo quia facultas probationis coangustaretur contra l.quoniam,in fine,C.de heret.& Manich.vnde dicendum est quod valeat tale testimonium factum ab eo de illo, quod vidit in pupillari ætate,

Confirmatur & tertio, quia in teste consideratur qualitas,quę adest tempore quo testificatur,& non illa quæ fuit prius, l.3.§. duæ causæ,ff.de.Carbonia.edict. at iste erat habilis tempore, quo testificatur, ergo.

Quarto comprobatur per ea quæ dicunt duę gl. singulares,vna in cap.1.in verbo placuit,de renunciat.lib.6.altera in cap. Apostolicam, in verbo,permisisset, de sentent. & re iud.eod.lib. quæ volunt quod soli Romano Pontifici credatur, non solum de his quę vidit & pręcepit tempore Pontificatus, iuxta text.in cap.à nobis,de testib. sed etiam de his quæ vidit ante Pontificatum, ita etiam istarum glossarum meminit Roman. in suis singul.in singulari 127. & Crotus in d.tract.de testib.nu.195.

Quinto & vltimo confirmatur d.opinio per ea quæ habentur, in l. de minore, ff.de q. & in l.fin, C.ad Sillanian.

69 Limitatur tamen hæc Conclusio non habere locum, quando ille pupillus fuisset proximus impubertati, & tunc non valeret eius testimonium, quia in tali ętate nescit quid agat, d.l. 1.C.de falsa mon.& ita procedat opin.Iacob.de Rauenna, qui dicebat non valere dictum testimonium,argumento eorum quæ habentur in l.fin.in fine, ff.de iur. & fact.ignor.

Glos.in verb.furiosus,limitat tex.nostrum,dum in eo habemus, quod furiosus in testamento testis esse non põt,nisi habeat dilucida interualla,ff.eod, l.qui testamento, §.nec furiosus, vbi nec furiosus quidẽ testis adhiberi potest, cum compos mentis non sit, sed si habeat intermissionem, eo tempore adhiberi potest, probatur ergo ibi quod dicitur in tex.nostro, furiosum non posse testem adhiberi in testamento, non procedere, quando habet intermissionem à furore, quoniam testis tũc esse potest.

70 Colligitur ex hac glos.quod furiosus qui habet dilucida interualla potest esse testis in testamento: quæ Conclusio Probatur in d.l. qui testamento,§. nec furiosus, ff.eod.

Sed Aret.hac in re tres constituit casus, Primus est,quando tempore quo testamentum celebratur, & tempore quo tabulæ aperiuntur, & testes examinantur furiosus est, & tunc secundum eum nulli dubium est non valere testimonium illius. Secundus est casus, quando tempore quo fuit adhibitus testis, & sic tempore conditi testamenti furore vexabatur, tempore verò aperturæ testamenti & examinationis,erit in mente sana constitutus,et in isto casu non est dubium, etiam eius non valere testimoniũ, & hanc Aret. opin. sequuntur cęteri DD. pro cuius opinione facit,quia testis testamentarius debet intelligere, quę fiunt in testamento, l.cum antiquitas, C.eod. sed iste non poterat intelligere ex quo eo tempore furore vexabatur, iuxta text. in § item furiosus, infra quib. non est permiss.fac.testam.ergo testis in testamento esse non poterit,& si fuerit,testamentum viciabitur.

Tertius casus est quando tempore conditi testamenti,& sic quando fuit adhibitus testis,erat sanæ mentis, tempore verò aperturæ testamenti & examinationis est furiosus, & in isto etiam casu concludit Aretin. testimonium ipsius non admitti, & tale testamentum non probari per talem testem,& cum Aret.pertrãseunt DD.communiter. Sed quoniam hoc caput habet multas contradictiones, in eo aliquantulum immorabimur.

71 Sit igitur in dubiũ reuocatum,an testis qui tempore conditi testamenti erat sanæ mentis, tempore verò quo testamentum aperitur, & testes examinantur, est furiosus,an possit eo in casu testis esse?

Ego sum in ea opinione quod talis testis possit dicere testimonium, quam etiam tenuit Tobias hic, numero 23. quæ probatur validissimis fundamentis, &

Primò, facit text. in §.nec furiosus, l.qui testamento, ff.eod. vbi vult tex. quod si furiosus licèt habeat intermissioné furoris quod eo tẽpore possit in testamento testis adhiberi, neque exprimit ibi tex.quod etiam debeat habere intermissionem alio tempore,& tamen si esset necessariũ, quod etiam alio tempore haberet,hoc expressisset.

Secundo adducitur text.in §.sequenti,infra eod. tit.vbi si testis habeatur habilis tempore conditi testamenti, & postea detegatur inhabilis, testamentum ex hoc non viciatur; Sic in proposito, cum is fuerit habilis tempore conditi testamenti, licèt postea superueniat inhabilitas, non debet tamen ex hoc viciari testamentum; Ad idem facit tex.in l.1. C.eodem.

Augetur & tertio ex Tobia per text. in l.ad testium,§.1.ff.de testam. vbi dicit I.C. quod tunc debemus inspicere conditionem testium cum signarent testamentum, non autem tempore mortis: Si igitur tales erant cum signarent testamentum vt testes adhiberi possint, nihil nocet, si quid postea eis contigerit, sed is cum signaretur testamentum talis erat, ut testis adhiberi posset, ex quo erat sanæ mentis, ergo licèt postea contigerit ei furor, nihil debet nocere,quo minus testimonium eius recipiatur, & per talem testem ipsum probetur.

Quarto ego moueor ex l. qui in prãte, §. surdus,ff.eod. vbi surdus & mutus cum non possint testari,si tamen quis post factum testamentum aduersa valetudine factus sit mutus, aut surdus, ratum tamen manet testamentum, ita dicendum est hic,quod cum iste testis esset sanę mentis, licèt interueniat furor, tamen valebit eius testimonium.

72 Quinto facit, quando concurrunt & vinculum naturale, & accidentale, tunc accidētale superatur à naturali, §. spadonē, supra de adopt. fortius enim est vinculum naturale quam accidentale, argumento §. sed naturalia, supra de iure natur. gent. & ciuili, l. iura sanguinis, ff. de reg. iur. at iste testis naturaliter tempore factæ dispositionis erat sanus mente, licèt accidentaliter deinde sit factus inhabilis ad testificandum, tamen hoc accidens non alterat dispositionem.

Comprobatur & vltimo, quia testamentum est quid fauorabile, quo casu fit lata interpretatio, l. in testamentis, ff. de reg. iur. & nimia subtilitas in testamentis reijcitur, ne iudicia & voluntates testantium periclitentur, l. si quis hæredem, C. de instit. & substit.

73 Contrariam tamē opinionem sequuti sunt DD. communiter, quòd immò tale testimonium de iure non admittatur; quæ opinio Primo probatur per ea quæ notant glo. & Scrib. in l. 1. C. eod. vbi dicunt, quod si vnus ex testibus tempore conditi testamenti habeatur liber, tempore verò aperturæ tabularum & examinationis faciendæ detectus sit seruus, ille testis nō poterit probare testamentum; Ratio est: secundum eos, quia testis testamentarius non solum debet esse habilis tempore conditi testamenti, vt in d. §. nec furiosus, l. qui testamento, ff. eod. sed etiam tempore aperturę tabularum, vt probatur in l. cum ab initio, cum l. sequenti, ff. quemadmod. testam. aper. vbi Prætor agit signatores tabularum, siue signa recognoscere, vel negare se signasse. & sic debent iterum à iudice examinari: sed si furiosus tempore aperturæ tabularum inhabilis est, cum furore vexetur, & signa cognoscere non potest, ergo eius testimonium inhabile est, & per consequens non admittitur, & per talem testem testamentum non probatur.

Sed huic primo argumento respond. ex Tobia, quod licèt testes debeant sua signa recognoscere, tamen si vnus ex illis cognoscere non potest, non propter hoc testamentum illud inutile redditur: quia sufficit q maior pars signauerint, vt est textus in l. sed si maior, ff. quemadm. test. aper. ideo istud primum argumentum non multum stringit.

73 Secundo tamen pro opin. communi deducitur, ea quæ apponuntur in testamento tribus temporibus habilia esse debent, tempore conditi testamenti mortis testatoris, & aditæ hæreditatis, vt est text. in §. in extraneis, infra de hæred. qual. & diff. sed testis licèt sit habilis tempore conditi testamenti, est tamen inhabilis tēpore mortis testatoris, & adeundæ hæreditatis, ergo secundum Aret. testimonium eius non valet.

Respond. quòd illud quod supra dictum est, de habilitate futura tribus temporibus, locū sibi vendicat in hærede, qui debet esse habilis illis tribus temporibus, vt expressè dicit tex. in d. l. ad testium, §. 1. ff. eod.

Tertio argumentabatur Alber. de Maletis, in d. tract. de testib. nume. 34. cap. 1. quia ad hoc vt testis admittatur, inspicitur potissimè tempus dispositionis, quo tempore penitus caret memoria & intellectu, ergo.

Respondetur, quod imò attenditur principium actus, vt supra dictum est, quo tempore ille erat habilis, & illud accidens non debet alterare naturam actus, & multa in iure tolerantur ratione principij habilis, licèt in fine sint inhabilia, sicuti est per contrariū, l. contra ab initio, ff. de reg. iur. vt in prin. de exhæred. liber.

74 Quarto ego moueor pro opinione communi: dispositio illa quæ peruenit ad illum casu à quo incipere non potuit, nulla est, l. existimo, ff. de verbor. oblig. §. ex contrario, Instit. infra, de legat. at in casu nostro testis peruenit ad eum casum à quo incipere non poterat, nempe ad furorem, ergo.

Respondetur, quod hæc Regula est brocardica; nam & actus etiam qui venit ad eum casum a quo incipere non potest valet & tenet, d. §. ex contrario, tex. est in Regula factum legitimè, extra, de reg. iur. nam si homo sanæ mentis contrahat matrimoniū, licèt sit factus furiosus, tamen matrimonium non dissoluitur, l. patre furioso, ff. de his qui sunt sui vel alie. iur. exemplum est in eo qui eum fecerit testamentum, licèt postea furor interueniat, testamentum non viciatur, l. is cui, ff. eod. l. 1. §. sufficit, ff. de bon. possess. secundum tabul. Præterea, illa Regula negatiua de qua supra, procedit, quando casus superueniens non tendit ad eum finem, ad quem ipse actus, & tunc viciatur, secùs autem quando tendit ad eundem finem, vt in casu nostro; ita declarauit hanc regulam Bart. in l. pluribus, num. 2. ff. de verb. oblig. & Dyn. in cap. factum legitimè, de reg. iur. Firma ergo remanet conclusio contra Aret. & DD. communiter, quod testis qui tempore facti testamenti erat sanus mente, licèt deinde furor interueniat tempore aperiendi testamēti, quod illius testimonium omninò valet.

75 Glos. in verbo, neque mutus, propter sui breuitatem non diuiditur: sed solum declarat textum. Pro ipsius expeditione dicitur in textu quod mutus & surdus non potest esse testis in testamento, quæro, de quo surdo intelligatur in tex. nostro? declarat glos. dicens, qui nihil loqui vel audire potest, vt infra quib. non est permiss. fac. test. §. item surdus, vbi item surdus, & mutus non semper testamentum facere potest, vtique de eo surdo loquimur, qui omninò non exaudit, non qui tardè exaudit, ita etiam hic in texto nostro debet intelligi, de eo muto & surdo, qui nihil loqui, aut audire potest, & iste non potest in testamento testis adhiberi.

75 Colligitur ex hac glo. quod mutus & surdus qui nihil audire potest, non potest esse testis in testamento, nec etiam potest facere testamentum, dicto §. item surdus, dixit Specul. in titulo de teste, §. nunc tractandum, vers. deinde, probatur in tex. nostro, & in l. discretis, C. qui testamen. facere poss. cum concordantib. supra deductis in notabilibus.

Ampliatur ista conclusio, vt procedat etiam si talem morbum habeat ex casu, non ex natura: & sit literatus, qui tunc etiam testis in testamento esse non potest, licèt in eo casu possit facere testamentum, d. l. discretis, vt supra retulimus.

Glos. in verbo interdictum est, in duas diuiditur partes,

partes, prout duo ponit exempla illius cui bonis interdictum est. Dicitur in textu quod is cui bonis interdictum est, in testamento testis esse non potest: quero exemplum; glos. exemplificat, dicens, interdictum est vel à lege, vt quia commisit in l. Iuliam Maiestatis, vt C. ad l. Iul. maiest. l. fin. vbi sanciuit Imperator, quod si quis commiserit crimen lęsæ maiestatis, non potest neque alienare, neque manumittere, neque ei iure solui per debitorem potest, imò etiam post mortem nocentium hoc crimen inchoari potest, vt conuicto mortuo, memoria eius damnetur, & bona eius successoribus eripiantur: & ita probatur expresse in eo text. quod ille qui commisit crimen lęsæ maiestatis, ei bonis interdicitur, & in hoc casu hic testis in testamento esse minimè potest.

Exemplificat gl. alio modo, dicens, quod is non potest esse testis in testamento cui bonis interdictum est à iudice, vt, ff. eod. l. is cui, in fine s. respon si, vbi dicitur, quod is cui bonis interdictum est, testamentum facere non potest, & si fecerit, ipso iure non valet, quod tamen ante interdictionem vetustius habuerit testamentum, hoc valebat; merito ergo nec in testamento testis adhiberi poterit: & sic ille cui bonis interdictum est à iudice, vt est prodigus, non potest esse testis in testamento; & ita intelligitur text. ille, quod patet, dum ibi dicit tex. quod licèt talis cui bonis interdictum est, non possit facere testamentum, & si fecerit, ipso iure non valet, tamen quod ante interdictionem vetustius habuerit testamentum, hoc valebit: si autem loqueretur de eo cui à lege bonis interdictum est, certè testamentum ab eo conditum ante talem interdictionem non valeret, prout ibi etiam declarat gl. ideo intelligitur de prodigo.

76 Ex hac gl. habemus duo exempla illius cui bonis interdictum est, qui testis in testamento adhiberi non potest, vel quod cui bonis interdictum fuerit, quia incidit in pœnam & crimen lęsę maiestatis, vel quia à iudice sibi bonis interdictum fuerit, vt quia sit prodigus.

Ozer. tamen hic reprobat primum exemplum, dicens in eo casu quando alicui fuit bonis interdictum à lege propter crimen læsæ maiestatis, exemplificari non posse textum nostrum, & mouetur: quia ille qui commisit crimen læsæ maiestatis, nullam habet testamenti factionem, vel actiuam, vel passiuam, tex. autem noster loquitur de his qui neutram habent testamenti factionem, vt sunt improbi, & intestabiles, qui non possunt esse testes.

Tobias verò in textualibus intelligit textum nostrum loqui in prodigo, cui à iudice propter suam prodigalitatem bonis interdicitur, licèt exemplum primum quādo à lege interdicitur in se verum sit, tamen intelligitur tex. quando à iudice bonis interdictum est, non propter delictum aliquod, sed propter aliud, vt quia prodigus erat: Nam leges quotiescunq; simpliciter faciunt mentionem eius cui bonis interdictum est, solent de prodigo intelligere. l. is cui, ff. de verb. oblig. & l. is cui, ff. de testam. ergo tex. noster intelligitur de illo cui à iudice bonis interdictum est, vt qui erat prodigus.

77 Ego verò existimo, quod possit etiam tex. intelligi de eo cui à lege propter delictum aliquod bonis est interdictum, vt dicebat glos. nostra, ex quo text. generaliter loquitur de eo cui bonis interdictum est, ergo siue ei fuerit interdictum bonis à iudice, siue etiam à lege, is vtique in testamento testis esse non poterit, lex enim generaliter loquens, generaliter est intelligenda, l. t. §. generaliter, ff. de legat. pręst. et iura per Recentiores adducta, ideo intelliguntur de eo cui bonis interdictum est propter aliud, & non propter delictum: quia vel hoc ibi expressum fuit, vel ex alijs coniecturis constabat de eo ibi intelligi debere, vt in d. l. is cui, ff. eod.

78 Glos. fi. in verb. intestabiles, similiter ponit exēpla eius qui iubetur à lege esse intestabilis, qui in testamento testis esse non potest, vt de eo qui de crimine famoso dānatus est inquit gl. vel qui muliebria passus fuit, vt in l. is cui, §. fin. & l. cum lege, ff. de testam. l. ob carmen, in princ. ff. de testibus.

In l. is cui dicitur: si quis ob carmen famosum damnetur, Senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit, ergo nec testamētum facere poterit, nec ad testamentum testis esse poterit. In l. cum lege, dicitur, cum lege intestabilis quis iubetur esse; eo pertinet, ne eius testimonium recipiatur, & eo amplius, vt putant quidam, ergo propter delictum perpetratum non poterit facere testamentum nec testis esse, quia id importat verbum, intestabilis, vt in d. l. cum lege, in l. ob carmen, dicitur ob carmen famosum damnatus dicitur intestabilis, ideo non poterit esse testis.

Habetis ergo ex hac glos. quod infames propter improbitatem, intestabiles efficiuntur, ideo testis in testamento adhiberi non potest, in trib. per glos. deductis. Quæ Conclusio declaratur per glos. in l. cum lege, in fine, vt procedat, quando notoriè aliquis erat infamis, aliàs secùs, quod est notandum.

Et ex his sit finis impositus huic solemni §.

REPERTORIVM AD §.
Sed cum aliquis, De testam. ord.

75 *Seruus reputatus liber ab omnibus, intelligitur à maiori parte, sed contrarium attentari potest, num. 77.*

26 *Signum vniuersale quando refertur ad verbum præsentis temporis vel præteriti, non restringitur ad eos qui vel interfuerunt actui, vel cognouerunt personas contrahentium.*

75 *Signum vniuersale restringitur ad eos tantum quos cognoscimus.*

15 *Si id quod ago non valet vt ago, non valet etiam eo modo quo valere potest. Declaratur procedere, quando actus esset nullus ab initio, nu. 17.*

Summarium huius §.

4 *Testamentum debet confirmari & solennizari ex habilitate testium.*

9 *Testamentum in quo seruus fuit testis adhibitus qui omnium opinione reputabatur liber, valet, licèt alij contra sentiant.*

12 *Testamentum in quo fœmina fuit adhibita loco testis, quæ tamen communi opinione pro masculo reputabatur, valet, licèt aliqui contra sentiant.*

14 *Testamentum in quo fuerunt adhibiti testes qui in veritate erant liberi, communi tamen opinione erant reputati serui, valet. & nu. 16.*

18 *Testamentum an sustineatur quando seruus adhibitus testis erat in quasi possessione libertatis, et quid si non erat in quasi possessione, & tunc idem dicendum est.*

19 *Testamentum non valet, quando est defectus in persona testatoris: videlicèt quando est seruus vel impubes, vel filiusfamilias, secùs si in persona testium.*

20 *Testamentum non subsistit, si testator adhibet in testem illum quem sciebat seruum, licet alij eum liberum esse crediderint.*

53 *Testamentum an probetur per instrumẽtum à Notario confectum, siue testes desierint esse habiles, siue non, & sic absque alia depositione & sigillorum recognitiono. qua in re credimus q̃ sic, nu. 54.*

55 *Testamẽto redacto in publicam scripturam per Notarium, non est necessaria publicatio.*

56 *Testamentum an probetur per scripturam priuatam factam coram priuatis; & concluditur quod non, num. 57.*

35 *Testamentum in quo fuit adhibitus testis qui omnium consensu liber existimabatur, si is detegatur seruus, illud quidem, sed tamen per seruum non potest probari; quod tamen nos non probamus, imò verius contrarium credimus. nu. 36.*

59 *Testamentum solemne an valeat si moriatur vnus testis antequam recognoscat illud; & credimus quod non, contra com. opin. eo quia tale testamentum non dicitur deficere probatione.*

63 *Testamentum nuncupatiuum an vicietur si moriatur vnus ex testibus antequam recognoscat suam subscriptionem vel testatoris, & dicimus quod sic.*

64 *Testamentum nuncupatiuum redactum in scriptis per publicum Notarium, non probatur per solam scripturam siue testium depositione, sed communis opinio est in contrarium, quam veriorem credimus. nu. 65. & 66.*

63 *Testamentum nuncupatiuum septem testib. debet probari.*

71 *Testamentum ad hoc ut non uicietur, quoties seruus fuit adhibitus testis, debet quis probare quod tempore testamenti conditi erat seruus, vel inhabilis, non autem sufficit dicere cum seruum esse, sed DD. communiter contrarium tenent, nu. 73.*

61 *Testamẽti tabulæ possunt aperiri testib. absentibus.*

64 *Testamenti nuncupatiui substantia non in scriptura, sed in testibus consistit; Fallit tamen, quando testamentum esset redactum in scriptura, tunc per illam probatur.*

2 *Testium conditio attenditur præcipuè tempore quo testamentum signatur. Declaratur procedere in conditione vera vel putatiua, nu. 6.*

4 *Testium habilitas confirmat testamentum.*

23 *Testium testamentariorum conditio an inspiciatur tempore facti testamenti, vel signati.*

9 *Testis qui communi opinione habilis reputabatur tempore quo testamentum signabatur non viciatur illud, licèt inhabilis postea reperiatur; quod ampliatur etiam si essent plures testes adhibiti qui omnes essent serui, nu. 10.*

12 *Testis qui communi opinione reputabatur masculus, si tempore quo aperitur testamentum fœmina reperiatur non viciat testamentum.*

14 *Testes qui erant liberi, si communi opinione reputentur serui, an testamentum valeat, & credimus quod sic, nu. 16.*

50 *Testis adhibitus in testamento si reperiatur seruus, testamentum valet, & ipse seruus potest à Iudice examinari.*

36 *Testis mutans statum ex suo delicto, non debet nocere testamento.*

68 *Testis si post signatum testamentum factus sit seruus uel infamis, uel alio modo inhabilis, an admittatur ad recognitionem sigilli. & gl. ait quod non; nos contrarium uerius opinamur.*

59 *Teste mortuo ante recognitionem, an testamentum solemne dicatur deficere in probatione ita quod uicietur; & communis est opinio, quod sic, quam ueriorem dicimus, contra communem.*

Testes qui erant inhabiles ad probandum, si tamen sint rogati à partibus redduntur habiles, quod dictum ex pluribus redditur falsum. nu. 14. Itẽ istud procedit in contractibus, non autem in testamentis; & ratio diuersitatis ponitur sub nu. 42. uel dici potest, quod procedit, quando testes sunt inhabiles tempore quo actu geritur, nu. 43.

28 *Textus iste in §. sed cum aliquis, debet legi liberalitate, non libertate.*

12 *Vbi est eadem ratio, ibi & idem ius statui debet.*

54 *Vbi adest publicũ documentum, non expedit aliam habere probationem per testes.*

74 *Verba illa posita in textu nostro, uidelicèt, omnium consensu liberorum loco fuerat, quomodo debeant intelligi, disentitur, & an sufficiat quod omnes, an maior pars credat illum seruum esse liberum.*

17 *Veritas præfertur opinioni, fauore publicæ utilitatis.*

29 *Veritas præfertur opinioni quando est opinio singularis, secùs si uniuersalis, nu. 30.*

33 *Veritas in dubio præfertur opinioni: & è contra opinio ueritati, quando error redundaret in fauorem errantis.*

DIVITVR



IVIDITVR text. iste in duas partes, in Prima ponit dictum, in secúda eius rationem. secunda ibi, cum eo tempore.

1 Summatur hoc pacto testamétum in quo seruus omnium consensu habitus liber, fuit testis, non viciatur, licèt postea seruus detegatur.

Facti species ita poni potest; Titius vltimum suum condens elogium, inter septem testes quos adhibuit ad testamentum, aderat seruus, qui eo tépore communi omnium opin. pro libero habebatur; Quæsitum fuit, vtrum tale testamentum subsisteret, quo serui non póssunt esse testes in testamento, & pro ratione dubitandi à principio multis de causis, & rationibus videbatur dicendum quod non valeret.

Primo per text. in §. proximo præcedenti, vbi dicitur expressè, quod seruus non potest esse testis in testamento, ergo illud testamentum valere non debet, ex quo fuit seruus in eo adhibitus.

2 Secundo clarum est, quod conditio ipsa testium maximè consideratur tempore quo testamentum signatur, non attento quid postea contingat, vt est text. in l. ad testium, §. conditione, ff. de testam. sed tempore signationis ille adhuc erat seruus, ergo testamentum viciatur.

Tertio dato quod talis seruus cómuni omnium consensu liber reputaretur, tamen non est rectè testis adhibitus, cum postea contrarium apparuerit, per regulam vulgatam, quæ habet, quod plus attenditur id quod in rei veritate est, quàm in opinione, §. si quis rem suam, infra, de legat.

3 Quarto augetur dubium; Ea quæ sunt de solemnitate alicuius actus, debent in forma specifica adimpleri, non autem secundum quid, sed ius ciuile pro quadam solemnitate introduxit numerum septem testium, vt testm̃ ipsum solénizaret, vt supra in princ. tit. nostri, ergo non sufficit si in eo testó sit seruus adhibitus, qui tamé liber reputabatur, cum de necessitate requiratur quod omnino sit liber.

4 Quintu testamentum debet confirmari, solemnizari, & approbari ex habilitate testium adhibitorum, non autem eius solemnitas & approbatio debet dependere ab opinione populi, ut notant DD. in l. hac cósultissima, C. eod. sed si diceremus huiusmodi testm̃ valere, in quo fuit adhibitus seruus, q̃ pro libero reputabatur, ipsum testm̃ diceretur confirmari, non ab ipsis testib. sed ab opinione populi, ergo, ne sequatur istud, dicédú est nõ valere.

Sexto & vltimo, dato quod istud obtinuisset ex liberalitate Principis, tunc hoc videretur concessum ex priuilegio, & sic videbitur priuilegiú personale, vnde ad exemplum non est trahendum, §. sed & quod Principi, s̃. de iure natur. gent. & ciuili, l. 1. ff. de const. pec. l. ius singulare, l. q̃ verò, ff. de legib.

Quibus tamen non obstantibus, cótrarium determinauit Imperator, quod s. seruus cómuni consensu reputatus liber tempore conditi testamenti, si adhibeatur testis, rectè adhibitus sit, & testamentum tale valeat.

5 Ratio autem huius decisionis potest colligi ex tex. nostro, quia cum eo tempore quo fuerit testis adhibitus ab omnib. reputaretur liber, nec aliquis ei status quæstionem mouisset, sed esset in quasi possessione libertatis, non est quid imputetur testatori, ex quo cómunis error facit ius, l. Barbatius, ff. de offic. Prætor. Secundo & melius dicatis, rationem huiusce decisionis fundari in liberalitate, & benignitate Principum, vt dicit text. ibi, ee sua liberalitate, ex quo datur intelligi, quod secundum regulas iuris decisio tex. nostri non potest procedere, vt clarè innuitur ibi, ac si vt oportebat factum esset; ratio autem huius liberalitatis & benignitatis fuit, vt voluntates testantiú potius conseruarentur quàm perirent, cum hoc publicè intersit, l. vel negare, ff. quemadmod. testam. aper. maximè in casu nostro, propter iustissimum errorem eius qui adhibuit testem ad suum testamentum seruum communiter liberum reputatum, difficile enim est hominem seruum à libero dignoscere, vt dicit text. in l. quia, ff. de contr. empt. hinc est quod si quis emat liberum hominem bona fide, qui in veritate est seruus, quicquid ille acquirit ex re sua, ipsi domino acquirit, quando iustus error excusat, l. Iusto, ff. de acquir. poss. non nigrum ergo, si in casu nostro talis error cú fuerit cóis, excusetur iuris benignitate.

Qua decidendi ratione stante, non obstant in contrarium adducta; Et

6 Primo, dum dicebatur: seruus non potest esse testis in testamento, §. proximè præcedenti, ergo huiusmodi testamentum non valebit, cum in eo fuerit adhibitus seruus.

Respondetur, quod ille tex. intelligi debet, quando aliquis erat seruus, & pro seruo reputabatur, text. autem noster loquitur de seruo qui quamuis seruus esset, tamé communi opinione, & omnium consensu pro libero habebatur.

Secundo non obstat dum dicebatur, conditio ipsa testium cósideratur tempore quo testamentú signatur, non autem attento quid postea contingat, vt est tex. in l. ad testiú, §. códitionem, ff. de testam. sed tépore signationis ille adhuc erat seruus, ergo.

Respondetur, q̃ ille text. debet intelligi de conditione vera, vel putatiua, vt dicit gl. in l. 1. C. eod. tit. & glos. in d. §. conditione, sed hic fuit putatiua, ergo &c. maximè, cum præsumatur libertas in omnibus, cum sit de iure naturali, nisi probetur seruitus, l. manumissiones, ff. de iust. & iure, §. ius autem gentium, supra, de iure natur.

7 Tertio nó obstat dum dicebatur, dato, quod talis seruus communi consensu liber existimaretur, non tamen rectè adhibitus est testis, cum postea apparuerit eum esse seruum, per regulam de qua in §. si quis rem suam, infra, de legat.

Respondetur, quod ibi idem illud erat, quia non erat error communis, sed priuatus, quo casu regulariter veritas opinioni præfertur, ibi enim testator legauit rem suam q̃ putabat esse aliená, & dicit Imperator, huiusmodi legatú valere, quia plus valet, q̃ est in veritate, ei quod in opinione est, & ita ibi erat opinio, vnius tm̃, quæ nó præualet veritati, sed è contra veritas opinioni præfertur, tex. aút noster procedit et loquitur in cómuni opinione, vt habemus ibi omnium consensu, quo casu error communis facit ius, & opinio cómunis veritati præfertur,

sed de hoc brocardico, an prævaleat cõis opin. veritati, & è contrà, laté dicemus in glos. prima.

Quarto non obstat dum dicebatur, quę de solẽnitate alicuius actus sunt, debent in specie adimpleri, non autem secundũ quid, sed ius ciuile pro quadam solemnitate introduxit numerum septem testium, vt testamentum ipsi solemnizarẽt, ergo non sufficit hoc fieri per seruum qui liber reputabatur.

Respond. quod ex quo ipse seruus communi omnium consensu pro libero reputabatur, tunc satis videtur esse satisfactum legi, cum testator eum adhibuerit testem in testamẽto qui pro libero tenebatur. Argumentum autem procederet si non ab omnib. pro libera persona teneretur, vel quod aliqua suspicio de illo haberetur, vel de illius statu quæstio mota fuisset: sed cum hic cessent supra dicta, dicendum est, quod quantum pertinet ad ipsum testatorem, illum adhibuisse ad testificandum liberum hominem, non autem seruum.

Quinto non obstat dũ dicebatur, testamentũ ab alio non debet solemnizari quam ab ipsis testibus adhibitis, & ab eorum habilitate recipit robur, sed si diceremus tale testamentum valere, ipsum testamentum non solẽnizaretur à persona testium, sed ab opinione hominum, ergo.

Respondetur, quod huiusmodi testamentũ non dicitur ab alio quàm ab ipso teste solemnizari, & licèt ipse testis videatur haberi pro libero à communi opinione, tamen ista communis opin. operatur, vt ego adhibuerim hominem liberum, & per consequens testamentum confirmatur ab eius habilitate, & non ab alio, vnde non obstat.

8 Sexto & vltimo non obstat dum dicebat, dato, quod istud obtinuisset ex liberalitate Principis, tamen hoc videtur concessum ex priuilegio, & sic videbatur priuilegium persõnale, nec ad exemplum trahendum, §. quod Principi, supra de iur. natur.

Respondetur, quod hoc non est verum, & optima ratione inficiatur: nam licèt Rescripta Imperatoris essent Responsa quæ fiebant precibus priuatorũ ab ipso Imperatore, vt declarat Theophil. in §. sed quod principi, tamen non sequitur, ergo omnia Rescripta sunt personalia: quia vtrum sint personalia, vel realia, hoc dignoscitur ex forma, & ex conceptione eorum, & ratione in ipsis expresa, si quæ expressa sit, cũ dictum reguletur à ratione, l. cõ pater dulcissimis, ff. de leg. 2. secundum quod patet, quod Rescriptum Imperatoris potius est priuilegium reale, nam dicitur in textu nostro, quod ideo inductum fuit hoc, quia iustissimus error præstat excusationem: quę ratio militat in quibuscunque testantibus, ergo ex his firma remanet decisio Imperatoris, quod illo teste quantumcunque postea reperto seruo, nihilominus testamẽtum valet.

9 Notatur primo ex mente Porcij, quod testis, communi opinione habilis reputatus, tempore quo testamentum signabatur, non viciat testamentum, licèt inhabilis postea reperiatur, & ita putatiua idoneitas testis in testamento non nocet testamento, quamuis postea ille testis reperiatur non idoneus, vt dicebat hic Nicas. Ad idẽ facit tex. in l. 1. C. eod. vbi ponitur Rescriptũ Imperatoris Adriani, quod quidem Rescriptum citat Iustinianus hic in text. nostro, vbi rescribit Adrianus in hæc verba: testes serui, an liberi fuerint, non oportet in hac causa tractari, cum eo tempore quo testamentum signabatur, omnium consensu liberorum loco habiti sunt, nec quisquam eis vsque adhuc status questionem mouit. Ratio aurẽ huius notab. vt diximus statim circa casus figurationem ponitur in tex. nostrõ, & in d. l. 1. vnde aliter non repeto.

Ampliatur decisio huius tex. per Scribent. hic, & in l. 1. C. eod. vbi Alex. & Ias. nõnullis modis. Et

10 Primò, vt procedat, non solum quando vnus ex septem testibus erat seruus, sed etiã plures, vel etiã omnes septẽ testes testamentarij essent serui: nam quemadmodum vnus erat seruus, & cõmuni opinione liber reputabatur, nõ viciatur testamentum, ita etiam quando omnes septem testes serui essent, & communi opinione liberi reputarentur, testamentum viciari non debet.

Probatur ista ampliatio in d. l. 1. C. eod. vbi Imperator numero plurali vtitur, dicens, non viciari testamentũ in quo testes adhibiti fuerunt qui erant serui, & omnium consensu liberi existimabantur.

11 Secundo probatur prædicta Ampliatio ponderando orationem indefinitam, testes, quæ quidem indefinita oratio equipollet vniuersali, l. si pluribus, de leg. 2. & perinde est ac si dictum fuisset, omnes testes.

Tertio & vltimo comprobatur: quia bonum est argumentum de parte ad totum, vbi est eadem ratio, l. qui scit, in princ. cum iuribus allegatis ibi, per glos. ff. de vsur. l. quæ de tota, cum similibus, ff. de rei vend. Sed eadem est ratio, quando vnus testis erat seruus, & communi opinione liber reputabatur; item quando omnes testes erant serui & communi opinione liberi reputabantur.

12 Secundo ampliatur decisio text. nostri vt procedat, nõ solum quando in testib. testamentarijs erat defectus seruitutis, sed etiam quando interuenisset alius defectus, puta, quando testis in rei veritate esset fęmina, & communi opinione reputabatur masculus, vel esset infamis, & excommunicatus, & communi opinione reputaretur habilis; ita tenent Cynus noster, Bartol. Paul. Cast. Alex. Ias. & alij communiter, in d. l. 1. C. eod. & Scrib. hic, & facit opinio glos. in l. cum lege, in verbo, puta, ff. eodem.

Pro hac communi Ampliatione adducitur vnica ratio; Vbi est eadem ratio, ibi quoque debet esse eadem iuris dispositio, l. illud, ff. ad l. Aquil. l. à Titio, in fine, ff. de verb. oblig. sed illa eadẽ ratio quã hic considerat Imperator in seruo, est etiã in alijs prohibitis testimonium dicere in testamentis, vt in muliere, infamibus, excommunicato, qui pro communi opinione habiles reputantur, ergo eadem quoq; debet esse iuris dispositio, & per consequens quemadmodum sustinetur testamentum quando in eo adhibitus fuit testis seruus communi opinione reputatus liber, & postea detectus seruus, ita etiam sustineri debet, quando dixit testimonium mulier quæ tempore quo testamẽtum signabatur, masculus reputabatur, vel infamis, vel excommunicatus, qui tamen tunc temporis vt dixi habiles reputabantur.

13 Angel.

13 Angel. tamen & Fulgos. in d.l. 1. quos ibi refert Ias. contrarium tenuerunt, quod imò in prædictis casibus non sustineatur testamentum, quando scilicet mulier quæ masculus reputabatur, communi opinione impubes, infamis, & excommunicatus, habiles reputati, testimonium dixerint in testamento. Sed dicunt, quod solum procedit decis. text. nostri, in casu de quo loquitur in seruo tantum.

Et mouentur hac ratione: quia ius singulare quod contra iuris Regulas introductum est extendi, & in cõsequentiam trahi non debet, sed potius restringi, & in expresso casu intelligi l. ius singulare, §. quod verò cõtra, ff. de leg. sed decis. text. nostri est iuris singularis, & introducta contra regulas iuris communis, vt probatur in text. nostro, ibi, ex sua liberalitate, ergo cum loquatur in seruo, non debet extẽdi ad mulierem, impuberem, infamem, & alios.

Verum defendendo prædictam ampliationem, respondetur huic fundamento ex mente DD. in d.l. 1. quod quoties in l. scripta est ratio, quamuis lex ipsa odiosa, exorbitans et correctoria sit, tamen ex scripta ratione extẽsionem recipit; ita Bald. Ias. & alij, in Auth. quas actiones, C. de sacros. eccles. quia tunc non dicitur fieri extensio, sed potius legem ipsam loqui, l. bis solui, vbi Bald. C. de reuocand. donat. sed in text. nostro scripta est ratio huius decisionis, & liberalitatis, nempè, quia seruus omnium consensu tempore quo testamentum signabatur, liber reputabatur, & nemo ei status quæstionem mouerat, ergo decisio, & liberalitas ista in omnibus casibus locum habebit, in quibus ratio ipsa locum habet; & ita non obstat prædictum fundamentum aduersus prædictam communem ampliationem, & præsertim cum simus in fauorabilibus, & in concernentibus fauorem publicum: Interest enim Reipublicæ vt extrema hominum elogia exitum habeant, l. vel negare, ff. quemadmod. testam. aper. & in fauorabilibus licita est extensio ad casus similes, vt tradit Ias. in d.l. 1. post alios ibi.

14 Tertiò ampliatur decisio text. nostri vt procedat, non solum quando testis erat seruus, & communi opinione reputabatur liber, sed etiam in casu contrario, quando testis, vel etiam omnes testes adhibiti in testamento, in veritate erant liberi, & habiles, & cõmuni opinione etiam ipsius testatoris reputarentur serui, tamen adhuc valeret testamentum; ita tenent Alex. Ias. & communiter alij, in d.l. 1. C. eod. quia tunc attenditur veritas, & non opinio, argumento l. si item, eum putaui, §. fin. ff. de negoc. gest. & l. regula, §. qui ignorauit, ff. de iur. & facti ignor.

Sed contra prædictam ampliationem Oppono pluribus modis, &

Primò, quia contrariorum eadem est disciplina, l. fin. §. fin. de leg. 3. sed infringi testamentum & conseruari sunt contraria, ergo quemadmodum conditio putatiua testium inspicitur vt testamentum conseruetur, quando s. testes erant serui, & communi opinione liberi reputabantur; ita etiam in casu contrario inspicienda videtur conditio putatiua testium ad hoc vt testamentum infringatur, merito, quando testes communi opinione serui reputabantur testamentum ex hac communi opinione infringi debet, quemadmodum ex cõtraria communi opinione conseruatur.

Secundo oppono dum dicebatur, quod valet testamentum si testes adhibiti in veritate erant liberi, & habiles & communi opinione etiam ipsius testatoris reputarentur serui, videtur enim quod imò tunc testamentum non valeat, ex quo deficit voluntas testatoris, quia videtur testator noluisse testari, ex quo adhibuit septem testes, quos omnes credebat inhabiles, et ideo videtur, quod actus non
15 debeat etiam valere eo modo quo posset, per regulam l. an inutilis, ff. de acceptil. vbi colligitur Regula illa, quod si non valet quod ago, vt ago, non valet etiam vt valere potest, ibi enim partes volebant acceptilationem comprobare, quæ quidem acceptilatio inutilis fuit ratione conceptionis ineptæ, aut, quia fuit concepta inter absentes, vel sub cõditione, vel in diem, vt gl. ibi declarat, & illa acceptilatio inutilis quæ non valet tanquam acceptilatio, & stipulatio non valet, etiam tanquam pactũ, ita in proposito nostro, ex quo testator, & alij credebant testes in testamento adhibitos inhabiles esse, & ideo eo modo non valet etiam testm̃.

16 Existimo tamen non esse recedendum à communi opin. nam adducta in contrarium non obstant, & Primum dum dicebatur, quod contrariorum eadem est disciplina, sed quod testamentum infringatur, & quod conseruetur sunt contraria, ergo quemadmodum putatiua conditio testium inspicitur, ad hoc, vt testamentum conseruetur vt in tex. nostro habemus, ita etiam in contrario casu inspici debet conditio testium putatiua, ad hoc, vt testamentum infringatur.

Respondetur, quod ita demum contrariorum eadem est disciplina, vbi in vtroq; ex contrarijs militat eadem ratio, vt tradunt Scrib. in Rubr. ff. de acquir. poss. sed in terminis nostris non militat eadem ratio in vtroq; contrariorum, vt demonstrabo, ergo non obstat. Quod non militet, patet, ideirco inspicitur conditio putatiua testium, ad hoc, vt conseruetur testamentum, quia viget ratio publicæ vtilitatis, quia vt statim dictum fuit, publicè expedit, vt suprema hominum iudicia exitum habeant, d.l. vel negare, & ideo etsi testes qui erant serui communi opinione liberi reputabantur, testamentum tamen conseruatur, & sustinetur, quia s. inspicitur conditio putatiua testium fauore publicę vtilitatis, sed ista ratio vtique non militat in casu cõtrario, quando testes testamentarij in veritate erant liberi, & habiles, & serui reputabantur quo ad hoc, s. vt testamentum infringatur, tunc enim ideo non inspicitur conditio putatiua testium, quia non subest prædicta ratio publicæ vtilitatis, imò, quod testamentum infringatur attenta putatiua conditione testium esset contra vtilitatem publicam, ideo non obstat prædictum fundamẽtum.
17 Secundo non obstat dum dicebatur, quod imò in casu prædicto testamentũ valere nõ debet, quia deficit volũtas testatoris qui videtur noluisse testari, ex quo adhibuit testes quos credebat inhabiles, per regulam an inutilis, de acceptilat.

Respond. quod imò non deficit voluntas testatoris, quia ipse in rei veritate conficit testamentum, & prædicta regula non obstat, quia in d.l. an inutilis actus, qui agebatur expressè erat nullus vtroque modo, & secundum veritatem, & secundum opin. nam partes ibi vt dixi volebant contrahere acceptilationem, & stipulationem, nō autem pactum, quæ quidem acceptilatio, inutilis fuit ratione ineptæ conceptionis, vnde non valet, nec in vim acceptilationis nec in vim pacti, quia secundum veritatem valere non potest; neque in vim acceptilationis, ex quo ineptè concepta fuit acceptilatio, secùs autem est in casu nostro, quia testamentum valebat saltem attenta veritate, licèt enim secundum opinionem non valeret, ex quo testes adhibiti in testamento reputabantur serui, & ita inhabiles, tamen saltem attenta veritate valere debet, ex quo in rei veritate erant liberi, & habiles, quo casu fauore publicæ vtilitatis, veritas præfertur opinioni, argum. d.l. vel negare, nam vt, infra dicemus in glos. si volumus cognoscere, an veritas præualeat opinioni, vel è conuerso, inter alia inspicere debemus publicam vtilitatem, quia si publica vtilitas suadet, vt præualeat opinio veritati, tunc attenditur opinio, & non veritas, si verò vtilitas publica suadeat vt veritas præferatur opinioni, tunc attenditur veritas, & non opinio, vt ibi latius dicemus.

18 Quarto et vltimo procedit decisio textus nostri, non solum quando seruus adhibitus testis in testamento, & communi opinione reputatus liber, erat in quasi possessione libertatis, sed etiam quādo non erat in quasi possessione libertatis, ita dixit Bartol. quem sequuntur ibi Alex. & Ias. in d.l. 1. C. eod. & mouetur Bart. per d.text. vbi non requiritur in ipso teste quasi possessio libertatis, sed quod liber habeatur ab omnibus, sed sic est quod iste seruus adhibitus testis liber ab omnibus reputatur, ergo licèt nō sit in quasi possessione libertatis, tamen non vitiatur, sed sustinetur testamentum.

Contrariam tamen opin. sequitur glos. ibi, quod imò opus sit, quod testis in quasi possessione libertatis sit, aliàs testamentum vitiaretur, & mouetur: quia si erat mota quæstio status, seu seruitutis, licèt communiter liber reputaretur, non tamen debet haberi pro libero, quo ad hoc vt testamentum sustineatur, ut dicitur in fine tex. nostri, & in d.l. 1. quasi temeraria reputatio sit, post motam quęstionem status, multo magis si erat in quasi possessione seruitutis, debet haberi pro seruo quo ad infirmandum testamentum, quicquid in contrarium reputaretur per alios, quia reputatio illa uideretur temeraria, argum. l. monet, in fine, C. si seruus ex post. ibi pro tali quis debet haberi in quali statu reperitur, ideò si seruus adhibitus testis in testamento erat in quasi possessione seruitutis quia pro seruo possidebatur licèt communiter liber reputaretur, tamen ex hoc testamentum sustineri non debet contra opin. Bart. & aliorum post eum.

Alex. tamen defendit Bar. quia potuit esse, quod seruus in ciuitate ista communi opinione reputetur liber, tamen non sit, non est reputatio temeraria, eo quia seruus aufugerat à domino aliundè, & non dicitur esse in quasi possessione libertatis, nisi quando bona fide gerat se diu pro libero, vt in iuribus per eum adductis, & sic potest esse quod testis in testamēto adhibitus, non sit in quasi possessione libertatis, sed seruitutis, et communiter ab omnibus reputetur liber, & tamen reputatio illa non sit temeraria, quo casu licèt non sit seruus ille adhibitus testis in quasi possessione libertatis, tamen debet sustineri testamentum, & in isto casu debet procedere opinio Bart. & aliorum.

Vnde ex hoc colligitur, quod si seruus in hac Ciuitate non sit in quasi possessione libertatis, sed seruitutis, & tanquam seruus à Domino suo possideatur, licèt ab omnibus eum cognoscentibus reputetur liber, tamen si fuerit adhibitus testis in testamento, testamentum ex hoc sustineri non debet, sed viciabitur, ex quo reputatio illa erat necessaria, argumento dictę l. moueor, C. si seruus ex post. vend.

Neque obstat id quod in fine tex. nostri dicitur, & in d.l. 1. C. eod. quod nō requiritur quod seruus adhibitus testis sit in quasi possessione libertatis, sed quod communi opin. liber reputetur, ad hoc vt sustineatur testamentum, quia istud procedit, quando reputatio illa non esse necessaria, d.l. moueor: Attamen vt ego existimo difficilè erit dare casum, in quo aliquis sit in quasi possessione seruitutis in hac Ciuitate, & quod ab omnibus eum recognoscentibus liber reputetur.

Habetis igitur quattuor Ampliationes ad text. nostrum, in quo habetur, quod si seruus fuerit adhibitus testis in testamento, qui communi opinione liber reputabatur, non tamen viciatur testamentum, sed sustinetur.

Limitatur nunc istud primum notab. ita ampliatum duobus modis.

19 Primo vt procedat, quando defectus erat in persona ipsorum testium, secùs verò quando defectus fuisset in personam testatoris, vt quia in veritate testator esset filiusfamiliàs, & sic inhabilis ad testandum, quia quamuis communi opinione reputaretur habilis, & sic sui iuris, vel quia communi opinione reputabatur quod esset emancipatus à patre, vel quod pater eius esset mortuus, tamen si faceret testamentum, non valeret, ita limitat Alex. & Ias. in d.l. 1. C. eod. moti ratione: quia tunc esset defectus in substantia testamenti, & quamuis reperiatur, quod communis opinio attendi debet quo ad habilitandum testes adhibitos ad testamentum, tamen quo ad habilitādum inhabilé ad testandum, nullibi reperitur, & grauior est in eo defectus, in quo substātia consistit, vt dixit Ias. in d. loco, Paul. Castr. & Bald. in l. 2. ad fin. C. de sentent.

20 Secundo & vltimo limitatur, vt non procedat, quoties testator sciebat eum seruum, quem adhibuit vt esset testis in testamento: nam licèt omnes alij eum liberum crediderint, tamen si testator sciebat eum esse seruum, testamentum illud non subsistit, sed viciatur, & ita scientia testatoris ei nocere debet, quia est quod ei imputari possit, cur alios testes non vocauit, ex quo sciebat eum esse inhabilem; ita singulariter limitat Ioan. Fab. hic, qui ad hanc limitationem probandam adducit in simili duo iura, videlicet, tex. in l. cū quidam, §. quod dicitur,

citur, ff. de acquir. hæred. & in l. fin. quibus ad liber. proclam. non licet.

Pro intelligentia text. in d. §. quod dicitur, sciendum est, quod si mulier prægnana sit, vel esse putetur, & puer nasciturus ex eo ventre alicui succedere possit tanquam proximior, impedit sequentes adire hæreditatem, quoniam mortis tempore qui in vtero est pro iã nato habetur, d. §. quod dicitur, hoc fiãte, dicitur in vers. siue igitur, quod si ego proximior sim post posthumum, siue putem prægnantem mulierem, siue sit re vera prægnans, quæ eum parituta est qui suus hæres futurus est, adire hæreditatem non possum; quemadmodum igitur in eo text. quando ego qui post posthumum sum proximior, sciebam mulierem esse prægnantem, vel credebam, cum re vera prægnans esset, scientia mea vel credulitas mihi nocet, ita etiam in casu nostro, quando testator sciebat testem adhibitum in testamento esse inhabilem vel inhabilem existimaret, cum re vera inhabilis esset, ista scientia sibi nocere debet, quo ad hoc vt testamentum non subsistat, quicquid alij communiter crediderint.

21 Ad euidentiam, l. fin. ff. quib. ad libert. proclam. non licet, sciendũ est, quod serui aut nascuntur, aut fiunt, nascũtur ex ancillis nostris, fiunt de iure gentium per captiuitatem, aut iure ciuili, cum homo liber maior viginti annis ad precium participandum sese venundari passus est, §. serui, de iure per-

22 so. & ad hoc vt aliquis fiat seruus de iure ciuili sex requiruntur. Primo quod sit maior viginti annis. Secundo vt eo animo se venundari patiatur vt pretij partem accipiat. Tertio quod verè habeat partem. Quarto vt ipse qui se vendit patitur sciat conditionem suam, scilicet se liberum esse. Quinto vt seipsum vendat per interpositam personam, Sexto & vltimo quod vendatur ignoranti conditionem venditis scilicet quod emptor credat eum non esse liberum, sed seruum, et si quid horum sex defuerit, iure communi prouocat ingenuitatem, vt glos. in d. §. serui, optimè declarat. Hoc stante, dicitur in d. l. fin. quod si duo emerent liberum hominem maiorem annis viginti, & vnus sciat cõditionem eius, alter verò ignoret, non propter eum qui scit ad libertatem ei, proclamare non licet nec permittitur, sed propter eum qui ignorat seruus efficitur, non autem illius qui scit; inducitur hic text. ad propositum Fabr. hoc modo; quia ex quo vnus sciebat conditionem eius qui vendebatur ad precium participandum, cum eius conditionem ignorare debuisset credendo eum seruum non liberum hominem, idcirco scientia sibi præiudicat, quia nõ debebat emere liberum hominem, ita in casu nostro ex quo ipse testator sciebat conditionem eius quem in testamento testem adhibebat, vtpote, quod erat seruus, & per consequens inhabilis, idcirco sua scientia sibi præiudicare debet, & nocere, ad hoc vt testamentũ nullius sit momenti, quicquid alij communiter in contrarium crediderint.

Sed contra hanc limitationem oppono de his quę ſ. dicta fuere circa tertiam ampliationem, vbi dictum fuit, quod quando testes erant verè habiles, sed ab ipso testatore inhabiles reputabantur, tunc non attento eo quod testator crederet, testamẽtum valet, vndè eodem pacto videretur dicendum, valere in casu nostro, ex quo alij communiter credũt eum esse habilem, quia inhabilis erat, non attenta opinione testatoris quemadmodum ibi non attenta opinione testatoris, valet testamentum, ita hic ita lere debet non attenta opin. testantis, sed aliorum.

Sed huic difficultati quam excitabat Ias. in d. l. 1. C. eod. ipsemet respondet, quod idcirco in præcedenti casu, quando testator credebat eum quem testem adhibebat in testamẽto inhabilem, qui tamen habilis erat, testamentum sustinetur, quia ibi attenta veritate erat liber, & sic habilis, quod non est in casu nostro, vbi nec secundum veritatem, nec secundum opinionem ipsius testatoris est habilis, sed opinatur eum esse inhabilem qui in veritate inhabilis erat, & hæc quo ad primum notabile.

23 Secundo noto ex isto tex. secundum Port. quod testium testamentariorum conditio inspicitur tempore quo signatur testamẽtum, & sic tempore conditi testamenti; probatur istud notab. in tex. nostro hoc pacto: nam ex quo tempore quo testamentum signabatur testis qui verè erat seruus omnium consensu pro libero reputabatur, idcirco eius testimonium admissum fuit, vt in textu nostro dicitur, concordat tex. in dicta l. 1. C. eod. vbi est idem casus; concordat etiam text. in l. ad testium, §. 1. ff. eod. Quod notat ipse Port. hic, contra eos qui sigillant literas vno tempore, & alio scribunt, quia isti dicuntur sigillare tempore datarum literarũ, ex quo illud tempus inspicitur quo signatur.

24 Tertio noto, quod communis error facit ius, seruus enim de iure non potest esse testis, vt in § præcedenti, aliàs testamentum viciaretur, & tamen licèt aliquis ex testibus communi opinione reputatus liber tempore quo testamẽtum signabatur, postea seruus reperiatur, non viciatur testamentum, non propter aliud, nisi propter communem errorẽ, ergo communis error facit ius. concor. d. l. 1. C. eod. & in l. Barbarius, ff de offic. Prætor.

Quarto noto, quod opinio præualet veritati, vt in tex. nostro, vbi magis attenditur id quod est in opinione, quãm quod est in ueritate; nam secundũ veritatem, testamentum in quo seruus fuit adhibitus testis non sustineretur, & tamen sustinetur secundum opinionem, & ita opinio præualet ueritati, concordat d. l. 1. C. eod. & ratio est, vt videbimus in glos. quia est opinio communis, & publica suadet utilitas, cum publicè interfit suprema hominum elogia exitum habere, l. vel negare, ff. quemadmo. testam. aper.

25 Quinto & vltimo, quod ad hoc quod seruus possit esse testis in testamento, requiritur vt omnium consensu liber sit reputatus, vt expressè dicitur in fine nostri contextus, & in d. l. 1. C. eo. ibi, omnium, intelligas, scilicet illum cognoscentium, non enim requiritur quod ab omnibus hominibus liber reputetur, quia hoc uideretur impossibile, sed ab omnibus cumtantum cognoscentibus, ita communiter declarãt DD. hic, & in l. 1. C. eod. vbi Bart. & idem Bart. in l. ad testium, §. 1. ff. eod. & pro hac expositione facit tex. in l. inter omnes, iuncta glos. ff. qui satisd. cogan. vbi inter omnes conuenit quod hæres sub conditione possidens hæreditatem substituto caueat

caueat de hæreditate non diminuenda inter omnes conuenit declarat glos. inter omnes Iureconsultos super hac interrogatos, quia s. esset impossibile vt omnes Iureconsulti in hoc conuenirent, sed possibile vt omnes de hac re interrogati in hoc conueniant: ita in casu nostro ad hoc vt seruus possit esse testis in testamento, & testamentum non vicietur, requiritur vt ab omnib. liber sit reputatus, scilicet recognoscentibus illum.

26 Vlterius pro hac expositione adducit Tob. hic, num. 6. nam quoties vniuersale signum refertur ad verbum præsentis vel præteriti temporis, tunc signũ illud restringitur ad eos qui vel interfuerint actui, vel cognouerunt, prout subiecta materia exigit. ita dixit Bart. in l. 1. §. nũciatio, num. 2. ff. de oper. noui nuncia. sed in hoc tex. istud vniuersale signum omnium consensu refertur ad verbum præteriti temporis, nempe ad verbum fuerat, ergo debet restringi ad eos qui cognouerunt testem istum, & illius notitiam habuerunt, vt per Scribent. hic, & in d. l. 1. C. eod.

27 Capio glos. 1. in verb. libertate, quam diuido in tres partes, in prima declarat text. in secunda ex ea declaratione infert, in tertia & vltima opponit contra illationem. Secunda ibi, & sic. Tertia ibi, argumento contra.

Pro expeditione primæ partis dicitur in text. ꝙ si aliquis ex testibus testamenti faciendi tempore liber existimabatur, postea autem seruus apparuit, tã diuus Adrianus, quàm diuus Seuerus, & Antoninus subuenire se ex sua liberalitate testamento rescripserunt. Sed quomodo Principes isti subueniebant testamento ex libertate ipsius testis cum esset seruus, declarat glos. dicens libertate putatiua scilicet ex eo quod liber putabatur tempore testamenti faciendi, idcirco licèt postea seruus detegatur, tamen huic testamento diui illi Principes subueniebant ex libertate illa putatiua.

28 Verum licèt ista declaratio in se vera sit, tamen in text. nostro non est legendum libertate, sed liberalitate, vt in codicibus ferè omnibus communiter habetur, prout etiam animaduertit Aldobran. hic, & sequitur Tob. qui ex duobus mouebatur. Primo, quia hæc littera, seu dictio libertate recta Latini sermonis ratione seruata, non cõuenit alijs verbis nẽpe dictioni, sua, nam secundum rectum sermonem nõ potest elici ille sensus quod diui Principes subuenerunt testamento ex sua libertate, nam dictio illa sua refertur ad ipsos Principes, ideo illi dictioni non adaptatur deinde dictio libertate. Sed ab hac impugnatione posset forsan defendi lectura Accurs. quod in tex. legatur libertate, quia dictio sua, posset referri ad testẽ qui liber putabatur, cum esset seruus, ex qua putatiua libertate diui Principes moti fuerunt ad ita rescribẽdum in fauorem testamenti. Secundo tamen quod non debeat legi libertate, sed liberalitate, facit, quia si ita intelligeretur, frustratoria fuissent illa verba, cum eo tempore quo testamentum signatur omnium consensu hic testis liberorũ loco fuerat. ex qua supra fuisset expressum istud idem, quod scilicet propter libertatem putatiuam istud Principes rescripserunt, & ideo ne hoc dicatur, legendum est prout communiter Codices habẽt. ex sua liberalitate vt sit sensus quod quãuis iure isto eo quod seruus erat adhibitus testamentum inualidum esset, tamen hi Principes rescripserunt ex sua liberalitate, i. ex sua benignitate subuenisti testamento propter communem errorẽ, & iste est verus sensus vt mihi videtur.

Sum modo in secunda parte, pro cuius expeditione declarauit glos. libertate, scilicet putatiua, ex qua declaratione infert dicens, & sic valet plus ꝙ est in opinione quàm quod est in veritate, iste tamẽ testis adhibitus in testamento verè seruus erat, & tamen quia probatur liber communiter attenditur id quod est in opinione, non autem quod est in veritate, allegat glos. pro concordanti tex. in l. 4. in princ. ff. de leg. 1. vbi dicitur, quod si quis in fundi vocabulo errauerit, & Cornelianum pro Semproniano nominauerit debetur Sempronianus. Induco ergo illum text. ad propositum glos. nostræ hoc pacto, sicuti ibi error non viciat legatum, quia attenditur ꝙ putabat legare, & ita id quod erat in opinione ipsius testatoris, non autem id quod erat secundum veritatem, & ibi opinio præualet veritati, aliàs si præualeret veritas opinioni, viciaretur legatum vt ibi.

Sum modo in tertia & vltima parte glos. in qua Accurs. opponit contra illationem quam statim fecit, quod s. opinio præualet veritati, dicens arg. contra infra, de legat. §. si quis rem suam, vbi expressè dicitur, quod plus valet ꝙ est in veritate, quàm ꝙ in opinione glos. non respondet huic textui, tamen responderi potest, vt supra in casus figuratione fecimus, quod hoc ibi ideò est, quia non erat error cõmunis, sed vnius tantum, quo casu regulariter veritas opinioni præualet, ibi enim testator legauerat rem suam, quam putabat esse alienam, & dicit Imperator huiusmodi legatum valere, quia plus valet quod est in veritate, quàm ꝙ in opinione, & ita ibi opinio vnius tantum erat quæ non præualet veritati regulariter, sed è contra veritas opinioni præfertur. Dictum autem glos. nostræ procedit vt loquitur tex. noster, scilicet in communi opinione quo casu error communis facit ius, & opinio cõmunis præualet veritati.

29 Ex qua glos. colligitur hæc conclusio, quod opinio veritati præualet, vt in tex. nostro habetur, vt in l. 1. C. eod. concordat tex. præallegatus hic in glos. in l. 4. in princ. de leg. 1. in l. Barbarius, ff. de offic. prætor. & in alijs iuribus allegatis per Balduin. hic.

Verum quia hæc à Doctoribus brocardica materia reputatur, & modo opinio veritati præualet, modo veritas opinioni, vt per Fabr. Aret. & alios hic, & in d. l. 1. C. eod. & in d. l. Barbarius, vbi latè insistit Ias. ponendo regulam cũ pluribus limitationibus. Ideo ego in primis referam dicta Aret. hic, et suam distinctionem, ex quibus postea dictis nonnullas colligam conclusiones secundum casuum diuersitatem.

Dicebat igitur Aret. in hac materia (omissa Viglij distinctione) quæ insufficiens est, & in quibusdam nõ videtur tuta, quando quæritur, an error faciat ius, vel habeatur pro veritate, & sic an opinio præualeat veritati, sic distingue; aut error est singularis, scilicet, vnius tantum, ac priuatus, non autem

commu-

communis, & non facit ius, nec pro veritate habetur, & ita non attenditur opinio, sed veritas l. si per errorem, ff. de iurisd. omn. iud. vbi dicitur, quod si alius pro alio Prætor fuit aditus per errorem nihil valebit, quod certum est, & ita ibi veritas pręfertur opinioni non è conuerso, & sic error non facit ius nec pro veritate habetur, quia erat error singularis vnius tantum.

Aut verò est error communis, & tunc, aut publica, & communis vtilitas suadet, vt scilicet communis error faciat ius, & sic opinio præualet veritati, & tunc id quod est de errore, vel opinione habetur pro veritate, vt l. Barbarius, ff. de offic. prętor. vbi seruus quidam fugitiuus cum esset Romæ pręturam perijt, & Prætor designatus, quæritur modo an quæ dixit, & quæ decreuit, nullius sint momenti, an verò valida sint? & decidit ibi Iureconsultus valere propter vtilitatem eorum qui apud eum egeruut, & sic ibi error communis qui facit ius, habetur pro veritate propter publicam vtilitatem. An autem seruus ille Barbarius de quo ibi, fuerit verus Prætor tractat ibi latè Ias. qui refert cõmunem esse opinionem pro parte negatiua quod Barbatius non erat verus Prætor, quicquid dicant glos. Bart. & alij, non insistendo videatis Ias. ibi, sufficit enim nobis quod quo ad ista per ipsum Barbarium seruum error communis habetur pro veritate, & veritas opinioni pręualet propter publicam vtilitatē, vt ibi expresè dicitur.

Allegat etiam Aret. ad hoc probandum l. 2. C. de testib. & ea quæ ibi notant DD. & facit text. noster hic, vbi propter publicam vtilitatem expedit suprema hominum iudicia exitum habere, d. l. vel negare, ff. quemad. test. aper.

Aut communis error subdit Aretin. sine publica vtilitate suadet contrarium, quod s. non faciat ius, nec pro veritate habeatur, & tunc non habetur pro veritate, l. quod ratione, ff. de leg. & l. decernimus, C. de episc. et cler. dicitur in d. l. quod ratione, quod nō ratione introductum est, sed errore, proinde quod consuetudine obtentum est, in alijs similibus non obtinet, ibi ergo error communis non habetur pro veritate, nec facit ius, quia non erat fundatus in ratione, sed contra publicam vtilitatem. in l. decernimus, non probatur vt mihi videtur, id quod dicit Aret. ibi enim statuit Imperator, vt post illā legem nec Monachi, aut quicunque alij cuiuslibet status, atque fortunæ, in ædes publicas aut in quæcunque loca populi voluntatibus fabricata venerabilem locum, & sanctorum Martyrum reliquias inferre, vel occupare debeant ea quę ad publicas causas, & ad populi vsum constructa sunt, & ita de errore, & opinione communi quæ facit ius, ibi verbum nullum habetur.

Sequitur deinde Aret. suam distinctionem dicēs, aut communis, vel publica vtilitas non suadet, nec pro veritate, scilicet nec contra eam, & tūc aut expedit erranti, de cuius pręiudicio quæritur, quod id quod fuit in errore, habeatur pro veritate, & tunc habetur, vt in l. si quis paterfamilias, ff. ad Maced. & l. Xenodorus, ff. eod. tit. Pro faciliori intelligentia d. l. si quis patrem, scire debetis, quod Senatusconsultum Macedonianum introductum fuit in odium fœneratorum qui mutuabāt pecunias filijsfam. per quod constitutum fuit ac subuētum filijsfam. qui acceperint pecunias mutuas, vt non possint adstringi ad eas reddendas etiam post mortem parentum, l. 1. per tot. tit. ff. ad Maced. Hoc stante dicitur ibi, quod si quis mutuauerit pecuniā filiofam. quem patremfam. crediderat, non vana simplicitate deceptus, nec iuris ignorantia, sed quia publicè paterfam. plerisque videbatur, sic agebat tanquam paterfam. & cōtrahebat, Senatusconsultum cessabit, quia scilicet filiusfam. cui ipse pecuniam mutuauit nō poterit iuuari Senatusconsulti beneficio, & eius vti exceptione, quo minus adstringi nō possit ad eam persoluendam, ea quo communiter, & publicè paterfam. reputabatur, & ita in eo tex. probat dictum Aret. quod si vtilitas publica non suadet, quod attenditur communis error, & opinio, & ita quod opinio pręualeat veritati; Neque etiā suadet contrarium qd attendatur veritas, & pręualeat opinioni, sed sumus in dubio, tunc si expedit erranti de cuius præiudicio quæritur quod attendatur error, & opinio habeatur pro veritate, & tunc pro veritate habetur, & ita præualet communis opinio veritati, prout idem probatur in d. l. Xenodorus, & in l. 1. C. eod. tit. vbi cessat Senatusconsultum prædictum, si aliquis publicè paterfamil. reputetur, qui tamen sit filiusfamil. & ita error communis in eo casu facit ius, & præualet veritati opinio ipsa, quia scilicet expediebat erranti vt pro veritate error haberetur.

Aut expedit ei oppositum, & tunc non habetur pro veritate, vt in l. 2. §. fin. ff. quand. act. de pecul. sit annal. pro cuius tex. faciliori intelligentia sciendum est, quod peculium est pars illa substantię, vel pecuniæ separata à rebus, & à ratiocinijs patris vel domini data vel promissa filiofamil. vel seruo, prout definit I. C. in l. depositi, §. peculium, ff. de pecul. Item sciendum est, quod mortuo filio vel seruo, vel aliàs exeunte de patris potestate, vel domini, puta emancipatione, vel manumissione, vel alienatione, actio de peculio datur contra patrē, vel dominum quatenus fuerat in peculio filij, vel serui, dumtaxat intra annum, post annum verò est sopita, & agenti obstaret exceptio. l. 1. ff. eod. tit. quando actio de pecul. sit ann. hoc stante dicitur in d. §. fin. d. l. 2. vel potius in l. quæsitum, quod si ille qui filium in potestate patris existentem habeat sibi obligatum, crèdens eum mortuum, puta quia mortuum communiter esse dicebatur, vt ibi per glos. exceptione egerat de peculio, & quia annus pręterierat exceptione sit repulsus, an rursus experiri sibi comperto errore permittendum est, & decidit ibi I. C. permitti debere. Ecce ibi error non habetur pro veritate, & opinio veritati non præfertur, sed è conuerso veritas præfertur opinioni, & hæc sunt quę dicit Aret.

Ex cuius dictis eliciuntur conclusiones.

30. Prima est, quod veritas pręualet opinioni singulari, vt probatur in l. si per errorem, ff. de iurisd. omn. iud. & in §. si quis rem suam, de legat.

Secunda est conclusio, quod opinio communis præualet veritati ratione publicæ vtilitatis, quę cōclusio probatur in textu nostro in l. 2. C. eod. & in l. Barbarius, ff. de offic. pętor.

Decla-

Declaratur tamen prædicta conclusio per Ias. in d.l. Barbarius, & in l. 5. ver. quinto limita, & sequitur Tob. hic, quando errantes habent facultatem validandi actum circa quem fuit erratum, tunc error constituit ius, & pro veritate habetur, & ita opinio præfertur veritati, vt in terminis d.l. Barbarius, ubi seruus poterat fieri liber & Prætor creari a Populo Romano, ideo gesta per eum valent propter communem, & publicam vtilitatem, meritò attenditur opinio communis, & communis error facit ius, idem in terminis text. nostri, & in d. l. 1. C. eod. secus autem esset quoties actus circa quam versatur error non posset ab errantib. validum reddi, quia tunc communis error non facit ius & opinio non præualet veritati, sed veritas opinioni præ-
31 ualet. Ponit Ias. exemplum in notario qui priuatus est officio, & authoritatem amisit tabellionis propter falsitatem qui non potest amplius creari notarius, l. a. cum notarijs ibi per DD. & præcipuè per Bald. C. de lib. & eorum. si enim notarius qui officio suo, & authoritate fuit priuatus, communiter pro notario habeatur, adeo quod plura condidit testamenta ac instrumenta, vtique communis error non facit ius ad sustinenda instrumenta facta per eum, ex quo in propositis terminis, non poterant errantes validam reddere, & habilem personam notarij semel de falso condẽnati, cum notarius semel priuatus officio propter falsitatem non possit amplius creari notarius, vt diximus, ita etiã dicit Bald. in l. nihil, C. de iur. lib. quam refert Ias. in loco prædicto.

32 Secundo limitatur prædicta conclusio per Ias. ibi vt procedat quãdo defectus esset in solẽnitate, vel in causa materiali, puta in testibus adhibitis in testamento, qui cõmuni opinione reputarentur idonei, tunc error communis facit ius, & opinio præualet veritati. Sed si defectus esset in substantia, seu in causa efficienti, quia testator erat seruus, & reputabatur liber, & in potestate patris erat, tunc si faceret testamentum vel alium actum, propter hũc tamen communem errorem non faceret ius nec testamentum valeret, & in casu illo opinio communis veritati non præualet, adducit Ias. ibi rationem diuersitatis, quia defectus in causa efficienti non sic de facili dispensatur, sicuti in solemnitate, vel in causa materiali, prout dixit Bald. in l. 2. §. fin. C. de sentent.

Tertia colligitur conclusio ex dictis Aret. quod quando error communis, & opinio aduersatur publicę vtilitati attenditur veritas, & non opinio. Quæ conclusio probatur in d. l. q. ratione, ff. de leg.

33 Quarta est conclusio, quod vbi agitur de damno euitando, & quando sumus in dubio, quia nihil secundum, vel contra vtilitatem publicam inducitur, benignior debet accipi interpretatio, si expediat erranti vt opinio communis præualeat veritati, et tũc pręualet opinio; si expediat ei oppositum, tunc præualet veritas opinioni, probatur ista Conclusio, in iuribus allegatis per Aret. in d. l. 3. ff. ad Maced. & in l. 1. & 2. C. eod. tit. ad Macedon. in dicta l. quæsitum, ff. quando act. de pecul. sit ann.

Probatur etiam argum. d. l. Barbarius, vbi determinat I.C. acta per Barbarium seruum communi opinione liberum reputatum, qui Prætor designatus fuerat valere, quia hoc humanius est, inquit ibi tex. Errantibus enim expediebat communem errorem ius continere, & hanc communẽ opinionem veritati præualere, merito cõmunis error ius constituit, & opinio communis veritati præualet, & ita debet fieri benignior interpretatio, & ratio huius conclusionis ea est, vt hic per Tobiam, quia in dubio ea semper fieri debet interpretatio, vt actus potius valeat, quàm pereat, l. quoties, ff. de verbo. oblig. l. quoties, de reb. dub. & ita ego pertranseo, in hac materia si quis videre cupiat plura, de hoc videat notata per DD. in d. l. 1. C. eod. & in d. l. Barbarius, ff. de offic. prætor. & in alijs locis citatis per Scribent. hic.

Capio glos. in verb. signaretur, quę est satis obscura, & intricata, adeo vt vix eius sensus percipi possit. Ego tamen ex dictis eiusdem glos. in d. l. 1. C. eod. & DD. ibi eam clariorem efficiam.

Diuiditur ergo in quinque partes, & id quod ponit glos. in quarta sui parte ego pono in Prima, in qua respondet glos. tacitæ obiectioni, quæ erat ibi in illis verbis, ipsum tantum valet. in secunda quę est ibi, quidam, adducit vtilitatem suę responsionis secundum opin. quorundam. in tertia ponit opinionem suam, & est ibi, nos contra. in quarta adducit rationem quæ est ibi, in nuncupatiuo. in quinta & vltima quæ est ibi, quid seruus, quærit, & respondet.

Pro expeditione primæ partis, oppono contra tex. dum vult, quod si seruus tempore conditi testamenti liber existimabatur, licèt postea seruus detegatur, tamen testamentum subsistit. Contra seruus testis examinari non potest, l. quoniam liberi, C. de testib. cum Authen. quæ ibi statim sequitur, vbi testes ad alienas causas liberi postulantur, & si testis productus dicatur seruilis esse fortunæ, & habita disputatione seruum fuisse apparuerit, respuatur testimonium eius. sed in textu nostro, antequam iste testis examinaretur detectus est seruus, & inhabilis, ergo examinari non potest, si non potest examinari quomodo subsistit testamentum? glos. respondet, & intelligit text. nostrum, vt testamentum in quo is fuit adhibitus testis, qui omnium consensu liber existimabatur, si is detegatur seruus subsistit, & validum est, sed tamen per seruum illum probari non possit, quia seruus in iudicio deponere non potest, d. l. quoniam liberi, cũ Auth. ibi posita, C. de testib. dicit ergo glo. ipsum tamen testamentum in quo seruus communi opinione reputatus liber fuit testis, & postea seruus detectus fuit, valet, licèt deficiat probatio, vt ff. de testam. tut. l. duo sunt Titij, vbi in simili dicit text. duo sunt Titij, pater & filius datus est tutor Titius, nec apparet de quo sentit testator, quæro quid iuris sit? respondet I.C. datus est is quem testator sensit, si id non apparet non ius deficit, sed probatio, igitur neuter est tutor: ita in casu nostro, inquit glos. non ius deficit, quia ipsum testamentum valet, & si dicatur quæ vtilitas est, quod testamentum in se valeat, si non potest probari per testes, ex quo in effectu paria sunt non esse vel esse, & non apparere, l. in lege, ff. de contr. empt. vnde aduersario negante testamentum prout faciet verisimili-

risimiliter; si non poterit illud probari quod valeat, nihil reuelabit, & sic frustra sua liberalitate Diuus Adrianus subuenisset testamento, cũ careret probatione, & effectu. Glos. igitur adducit vtilitatem, & sic sum in secunda parte, dicit enim quod imò beneficium illud Diui Adriani non fuit frustratoriũ: nam si testamentũ istud in quo is seruus testis fuit adhibitus, in publicum instrumentum redactum fuerit vtique effectum sortiretur testamẽtum, quasi hoc instrumento probatũ sit, & amplius testis examinatio non sit necessaria.

Quidam subdit glos. inquirunt hoc intelligi generaliter verum, vt siue ostenditur testamentum in scriptis conditum, siue nuncupatiuum, scilicet redactum in publicum instrumentũ per publicum tabellionem; & ostendatur, ei debet credi siue defierint esse testes, siue non, & ita absque aliqua examinatione testium. & ita obseruat consuetudo inquit glo. vt argum. C. de edicto Diui Adria. toll. vbi dicitur, quod si quis ex asse, vel ex parte scilicet quota institutus hæres competẽti Iudici ostenderit testamentum, non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacunq; suæ formæ parte maculatum, sed quod prima figura sine omni vituperatione appareat, & depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit, mittatur in possessionẽ, & glos. ibi dicit, etiam in nuncupatiuo testamento in scripturã redacto loqui legem illam, cum tanta fides illi scripturæ hodie adhibeatur, sicuti solemni testamento, cum sigillis; ad idẽ allegat glos. l. in donationibus, C. de donat, vbi dicitur, ꝙ in donationibus quæ actis insinuantur, non est necessarium vicinos, vel alios testes adhiberi, quia superfluum est. subdit ibi text. priuatum testimonium, cum publica monumenta sufficiant, cum igitur fuerit in scriptis testamentũ nuncupatiuum, etiam redactum nõ erit postea necesse vt testes producant in iudicium vt examinentur, ex quo publica scriptura & monumenta sufficiunt, vt ibi dicitur. Ad idem allegat text. in l. fin. C. arbitr. tut. vbi dicitur, quod si tutor vel curator in inuentario publicè, & per scripturam publicam confecto confessus fuerit ampliorem summam substantiæ pupilli, vel adulti, non est aliud inspiciendum, nisi hoc quod inscripserit; publico igitur instrumento debet plena fides adhiberi, ideo si testamentum siue in scriptis, siue nuncupatiuum redactum sit in publicum instrumentum, & ostendatur, debet ei fides adhiberi, siue defuerint testes, siue non, sic se habet consuetudo secundum glos.

Sum in tertia parte glossæ in qua tacitè fatetur hoc esse de consuetudine tamen de iure dicit hoc non procedere in testamento nuncupatiuo, dicit enim nos contra scilicet in nuncupatiuo testamento de iure, & quod hic dicitur in testamento in scriptis loquitur, vult ergo quod id quod dictum est procedit tantum in testamento in scriptis, non in nuncupatiuo, adducitur rationem.

In quarta sui parte, dicẽs, in nuncupatiuo enim si proferatur, non debet ei credi sine testibus, cum in eis consistit tota substãtia testamenti, testes enim in testamento nuncupatiuo debent deponere de substantia testamenti, nempe, quod testator instituit talem hæredem, & fecit talia relicta, propria voce nuncupando, quod non requiritur in testõ in scriptis, in quo testes nihil habent facere nisi recognoscere sigilla, & subscriptiones, nec de necessitate habent deponere de substantia testamenti ex quo nihil sciunt de contentis in testamento.

In quinta & vltima parte quærit glos. quid si testis factus seruus, vel infamis fuerit & velit recognoscere sigillum suum, nunquid scilicet admittatur? vnde inquit glos. non admittitur, vt ff. de Carbon. edict. l. Carbonianum, §. duę autem sunt causæ. Carbonianum edictum inuentum est propter impuberes, si cui enim controuersia fiat, & inter liberos sit, & sit impubes causa cognita perinde possessio datur, ac si nulla de re controuersia esset, & iudicium in tempus pubertatis causa cognita defertur, l. 1. eiusdem tit. de Carb. edicto hoc stante, dicitur in d. §. duæ autem causæ, duæ autem sunt causę cognitionis, vna dandæ Carbonianæ possessionis quæ habet commodum illud, vt perinde ac si nullam controuersiam pateretur impubes possessionem bonorum accipiat. Alia est causæ cognitio, an præsenti die; hoc autem diligentissimè Prætori examinandum est, an expediat pupillo repręsentari cognitionem, an potius differri in tempus pubertatis, & maximè inquirere hoc à cognatis, matre, tutoribusque pupilli debet: finge enim subdit ibi text. esse testes quosdam qui dilata cõtrouersia, aut propter temporis internallum non eandem fidem habebunt. Facit ille text. ad propositum glo. nostræ dum vult posse contingere, quod testes propter temporis interuallum non eandem fidem habebunt, vt quia fuerint infames, vt ibi declarat glos. si ergo testis tempore conditi testamenti erat liber, & habilis, postea verò est effectus seruus vel infamis, & velit recognoscere sigillum suum non admittitur, secundum glos. per text. in d. §. duæ autem causæ. Et ita sit expedita literaliter hæc glossa. Ex qua sit prima conclusio.

35 Testamentum in quo is fuit adhibitus testis qui omnium consensu liber existimabatur, si is detegatur seruus, subsistit, & validum est, sed tamen per seruũ illud probari non potest, quia scilicet seruus in iudicio deponere non potest, d. l. quoniam liberis, C. de testib. quam opin. tenuit etiam glos. in d. l. 1. C. eod.

Sed ista conclusio seu intellectus ad textum nostrum non videtur subsistere, quia quæ vtilitas est quod testamentum in se valeat si non potest per testes probari; cum in effectu paria sint, aliquid non esse, vel esse, sed probari non posse, d. l. duo sunt Titij, ff. de testam. tut. sicut paria sunt, non esse, vel esse, & non apparere, l. in lege, ff. de contrah. empt.

Glos. igitur defendit prædictum intellectum ponendo vtilitatem quæ ex eo resultat, quia si testamentum istud in publicum instrumentum redactum fuerit, vtique effectum sortietur testamentũ, quasi hoc instrumento probatum sit, & amplius testium examinatio non sit necessaria, iuxta text. in l. fi. C. de edic. D. Adr. toll. & in l. in donationibus, C. de donat, & in l. fin. C. arbitr. tutel.

Aliam etiam vtilitatem vltra glos. in d. l. 1. tradit ibi Bald. quod quãdo testamentum valet, licèt non possit probari propter & inhabilitatem testium,

tamen

tamen hæres qui in veritate hæres est, dato, quod in iudicio obtioere non posſit, tamen quantumcunque ingenij poteſt, & eſt ſibi licitum in foro conſcientiæ furari res hæreditarias, & non peccat, quia regula aſt, vbi aliqua res in veritate mea eſt, ſed noo poſſum probare, licitum eſt mihi eam recuperare, etiam furtiuè, & non pecco, ita gloſ. poſt Bald. in d. l. 1. C. eod.

Iste tamen intellectus ad tex. noſtrũ nullo pacto eſt admittendus, & licèt Bart. & quidam alij, in d. l. ſicuti fuerint, tamen communiter damnatur, quia eſt diuinatiuus, & nimis reſtringit text. iſtum qui vult generaliter teſtamento ſubueniri, nec ſe reſtringit eo caſu quo factum eſt de illo publicum instrumentum, vnde abſurdum eſſet reſtringere illum ad prædictos caſus iuxta tex. in l. 2. §. generaliter, ff. de leg. præſt. præſertim quia, vt dicebat Vigh. tempore iſtius tex. non erat in vſu hęc forma conficiendorum teſtamentorum per publicum inſtrumentum, ſeu ſcripturam, ſicuti hodie vtimur, ſed Iudex poſtea aperiendo publicat teſtamentum.

Itam ſecunda vtilitas non videtur eſſe in conſideratione, quia vt dicebat Iaſ. in d. l. s. non eſt veriſimile, quod pars confiteatur teſtamentum eſſe conditum.

Tertia etiam vtilitas non videtur conſideranda, ex quo ridiculum eſt dicere Adrianum Imperatorem qui in caſu §. noſtri ſubueniebat teſtaméto habuiſſe reſpectum ad dictum caſum, quia licèt hæres in caſu prædicto in iudicio obtinere non poſſit, licèt teſtamentum valeat, eum probari non poſſit, tamen quocumque ingenio poterit, & ſibi erit licitum in foro conſcientiæ res hæreditarias etiam furtiuè recuperare, vtique non eſt præſumendũ, quod Imperator habuerit hunc reſpectum, & quod iſto reſpectu teſtamento ſubuenire voluerit, & eo maximè, non procedit intellectus prædictus ad textum noſtrum, quia illum eſſet multum reſtringere, contra tex. in d. l. 2. §. generaliter, de leg. præſt.

36 Vnde tenendum eſt contra gloſ. quod imò teſtamentum valeat, & poſsit probari, non obſtãte quod detecta ſit ſeruitus, vel inhabilitas teſtium, ſed quoquomodo poterit probari teſtamentum, cum ſit quod ſeruus in iudicio teſtis produci vel examinari non poſsit, d. l. quoniam liberi, cum Auth. ibi poſita, C. de teſtib. & l. Carbonianum, §. duæ tantum cauſæ, ff. de Carb. edicto.

His legibus reſpondet Azo, C. eod. de teſta. quod ideo in dictis legibus teſtis qui celebrati actus habilis erat, & poſtea inhabilis eſt effectus, in iudicio audiri non debet, quia mutatio iſta habilitatis ſua culpa, ſuoque defectu contingit, & ita procedant iura prædicta; in tex. autem noſtro mutatio ſtatus non contingit delicto ipſius ſerui, non interceſsit culpatio notabilis, ſed ſolum defectus ipſius inhabilitatis, ideo teſtis bene auditur in iudicio; & ita intelligebat Azo text. noſtrum; cum quo intellectu tranſit Bart. in d. l. 1. & in §. duæ ſunt cauſæ, l. Carbonianum, ff. de Carb. edicto.

Sed iſta reſponſio ad prædicta iura reprobatur per Fulgoſ. Alex. Iaſ. & alios communiter in d. l. 1. & in l. ad teſtium, §. 1. ff. eod. & mouentur primo ex generalitate d. l. quoniam liberi, & d. §. duæ cauſę, quibus iuribus ſeruus generaliter in iudicio produci teſtis non poteſt, ergo generaliter intelligi debet, ſiue teſtis culpa ſua mutauit ſtatum, & de habili inhabilis eſt effectus, ſiue abſque culpa ſua ſtatum mutauit, & ita ſine ſua culpa de habili inhabilis eſt effectus.

Vlterius mouetur: quia licèt teſtis mutet ſtatum ſuo delicto, hoc tamen non debet teſtatori nocere, cum alteri per alterum iniqua cõditio conferri non debeat, l. non debet, ff. de reg. iur.

37 Tertia igitur fuit ſolutio, ſiue intellectus ad text. noſtrum, quod ſeruus ille qui teſtis fuit adhibitus in teſtamento, & tempore conditi teſtamenti, & tempore etiam examinationis faciendæ, ſiue aperturæ tabularum liber exiſtimabatur, poſtea verò detectus eſt ſeruus, tunc teſtamento ſubueniendum eſt, vt valeat & probari poſsit: quia teſtis ſeruus quando in iudicio producitur & examinatur liber exiſtimabatur, & ita non obſt. d. l. quoniam liberi, & dicto §. duę, quando teſtis erat ſeruus, & ſeruus reputabatur non liber; textus autem noſter, & in d. l. 1. quando erat ſeruus, ſed reputabatur liber, & ita procedat text. noſter, & in d. l. 1. & ita refert Faber, dominum ſuum tenuiſſe.

Verum iſta ſolutio ſiue intellectus reprobatur expreſsè per eundem Fabr. per Viglium, & per recentiores hic, quia eſt contra mentem tex. noſtri, & in d. l. 1. cum velint hæc iura ſeruum exiſtimari liberum tempore conditi teſtamenti: ſi enim requireretur vt etiam tempore examinationis faciẽdæ etiam liber exiſtimaretur, vtique iſtud expreſsiſſent, vndè cum nõ expreſſerint, veriſimile eſt quod iſtud non voluerint, imò cum ſolum includant tempus conditi teſtamenti, videntur cætera tempora excludere, argum. l. cum prætor, ff. de iudic.

38 Quarta fuit ſolutio Fabri hic, quẽ ſequitur Ang. in d. l. 1. quod ſpeciale ſit fauore teſtamenti vt teſtamentum in quo ſeruus teſtis fuit adhibitus valeat, & licèt poſtea ſeruus detegatur, adhuc tamen examinari poſsit in iudicio, & iſtud eſt ſecundum eum quod ſibi voluit tex. noſter, dum dicit, Diuus Adrianus, & alij Principes ex ſua liberalitate reſcripſerunt, teſtamento ſubueniendum eſſe, quaſi dicat, licèt ſeruus in iudicio examinari non poſsit, d. l. quoniam liberi, tamen iſti Principes ex ſua liberalitate hoc fauore teſtamenti permiſerunt, arg. l. vel negare, ff. quemad. teſtam. aper. & cum hac ſolutione pertranſit Ange. in d. l. 1. C. eod. & in l. ad teſtium, §. 1. ff. eod. quem refert Iaſ. in d. l. 1.

Sed contra hanc ſolutionem, ſeu intellectũ potiſsima hęc deducũtur fundamenta. & Primò, quia non eſt verum, ꝙ ſpecialitas huius text. inducatur reſpectu examinationis teſtium, cũ de hoc verbum ne quidem vnum in text. fiat, ſed liberalitas illa & ſpecialitas eſt reſpectu adhibitionis; ex quo enim teſtis ſeruus in teſtamento eſſe non poſsit, videtur quod ſi fuerit, teſtamentum reddatur nullum; Contrarium ex ſua liberalitate Diui illi Principes reſcripſerunt, ex quo & omnium conſenſo tunc temporis habebatur liber & iſto reſpectu eſt ſingularitas, & ſpecialitas in tex. noſtro.

39 Sed iſta ponderatio non videtur obſtare contra prædictam ſolutionem ſeu intellectũ: quia ex quo

Imperator in tex. nostro specialiter determinat valere testm̃, in quo seruus fuit adhibitus testis, qui cõi opin. liber reputabatur, videtur etiã specialiter inducere vt is possit examinari, quia vt ĩ. dicemus, qui vult consequens, vult etiam antecedens necessarium, l. ad rem mobilẽ, ff. de procur. et qui vult aliquid, cẽsetur etiã velle omne illud sine quo ad illud perueniri non potest, l. 2. vbi Bart. ff. de iurisd. omn. iud. l. illud, ff. de acq. hæred. cum simil. sed Imperator in tex. nostro vult valere prędictum testamentũ, ergo vr̃ etiã voluisse, vt ille testis examinari possit, alias frustratoria videretur sua liberalitas, & decisio.

Attamen, possumus sustinere, quod specialitas non sit respectu examinationis, sed tantum respectu adhibitionis, ex quo testis communi omniũ consensu liber existimabatur; illud autem quod postea testis qui detectus fuit seruus examinari possit, ad hoc, vt testamentum effectum sortiatur, regulariter procedere videtur, ex quo putatiuè habilis erat tempore adhibitionis, quando scilicet, fuit in testamento testis adhibitus, vt infra dicemus.

Secundo & vltimo contra prædictũ intellectum Fabri, ꝙ imò in testamento speciale non sit, vt qui fuit habilis tempore adhibitionis, sit & habilis tempore examinationis, sed istud regulare sit, & procedat etiam in alijs actibus, adducitur tex. in cap. 1. an remo. deb. test. in usib. feudorum, vbi si testes tẽpore inuestiturę, & sic tẽpore adhibitionis erant habiles, & postea habiles esse desierũt, tamen tẽpore examinationis admittuntur; & ita non solum in testamento, sed & in alijs actibus, et dispositionib. hominũ, ille qui est habilis tẽpore cõdit testamẽti, & adhibiti testimonij, est etiam habilis tẽpore examinationis.

40 Quinto fuit intellectus siue aliqua solutio Bald. in d. l. ad testium, §. 1. ff. eod. qui dicit valere prædictum testamentum, & quod seruus etiam qui tempore adhibitionis liber reputabatur probare possit: quia testis ille rogatus fuit a testatore, ex quo in testamento requiritur quod testes sint rogati, Auth. Rogati, C. de testib. l. hac consultissima, in princ. in verb. rogati, C. de testa. & l. hæredes palam, §. in testibus, ff. eod. Vnde succedit Regula, ꝙ quando partes rogauerunt aliquos in testes, & sic erant inhabiles, tamen intelliguntur eos totaliter approbare, ꝙ non possit eis amplius opponi exceptio inhabilitatis, vt est glo. reputata singularis in § & licẽt, in verbo, supplicium, in Auth. de test. ideò testis iste censetur redditus habilis, ita vt in iudicio examinari & interrogari possit, ex quo fuit rogatus; & ita procedat tex. noster, & text. in d. l. 1. C. eod. Sed quãdo testes adhibiti non sunt rogati, tunc detecta eorũ seruitute, vel inhabilitate, benè repelli possũt, vt quando adhibentur in contractibus, vel in alijs actibus, in quibus non requiritur testes esse rogatos, vt in d. Auth. Rogati, C. de testib. & ita procedant contraria iura, videlicẽt, text. in d. l. quoniam liberi, cum Auth. ibi posita, C. de testib. & in l. Carbonianum, §. duæ autem sunt causæ, ff. de Carbon. edicto.

41 Sed iste intellectus reprobatur per Scrib. in d. l. 1. C. eod. & contra ipsum insistunt Alex. & Ias. ibi, quibusdam medijs, &

Primò, quia si verum esset quod in tex. nostro, et in d. l. 1. ideo seruos posse esse testes, & posse in iudiciũ produci dicitur, eo quia fuerunt in testamento adhibiti, in quo debent esse rogati, iuribus supra deductis, & ꝙ illa rogatio faceret vt eis amplius non posset opponi exceptio inhabilitatis, sequeretur, ꝙ cũ in testamento regulariter debeant esse rogati iurib. supra deductis, quod semper serui & inhabiles possent in eo esse testes, sed consequens est falsum, vt infra, §. proximo præcedenti, & l. qui testamento, ff. eod. ergo est etiam falsum antecedens.

Secundo, si solus rogitus sufficeret, ad id vt non possit amplius opponi exceptio inhabilitatis, sequeretur, quod non esset opus quod testis liber omniũ consensu reputaretur, sed consequens est falsum, vt in tex. nostro, ergo & antecedens.

Tertio contra prędictum intellectum facit, quia tunc testis inhabilis rogatus vt sit testis, redditur habilis, quando ab ambab. rogatus fuit, & ita loquitur glos. in d. §. & licẽt, in Auth. de testibus, sed hic testis non fuit rogatus ab ambabus partibus, sed à solo testatore, ergo non censetur redditus habilis ex hoc rogitu, si enim venientes ab intestato qui nunc opponunt, eum rogassent, certè ex hoc rogitu eum habilem reddidissent, vt nõ posset amplius cõtra ipsum opponere de inhabilitate, sed cum iste non fuerit rogatus à venientibus ab intestato, sed à solo testatore, idcirco ex solo rogitu testatoris habilis redditus existimari non debet; Item etiam dubiũ videtur, nunquid si partes in testamento aliquẽ inhabilem rogarent, ille habilis redderetur, ex quo pro forma introductum est in testamento pro solemnitate testamenti vt habilis adhibeatur, aliàs testamentũ vicietur, cui formæ videtur ꝙ non possit per partes renunciari, cum sit firmum in iure quod forma à iure publico introducta pactis priuatorum non lędatur, l. ius publicum, cum simil. ff. de pact.

42 Quarto, quia tunc partes rogando tales testes qui sunt inhabiles, censentur eos habilitasse, ita, vt non possint opponere de inhabilitate quando testes adhibentur solum ad probandũ, vt in contractibus, & ita procedit dictum glos. in d. §. & licẽt, vt per Ias. in d. l. 1. C. eod. secùs verò, quando requiruntur pro solemnitate, quia tunc rogatio partium nihil facit, l. nemo potest, ff. de leg. 1. l. ius publicũ, ff. de pact. sed in terminis nostris in testamento, scilicet testes regulariter requiruntur, non solum ad probandum, sed pro solemnitate, vt in l. hac consultissima, in prin. C. eod. ergo nõ procedit dictum glos. in d. §. & licet.

43 Quinto & vltimo, illa glo. procedit, quando testes tempore quo actus geritur, sunt inhabiles, tũc eo ipso quod à partibus rogantur, videntur approbari, sed nos loquimur quando testes tempore actus gesti reputabantur habiles, postea autem detecta est eorum inhabilitas, quo casu partes rogando tales testes quos habiles credebant, non potest videri eos approbasse respectu defectus postea futuri, quia illud possumus approbare quod scimus, quod verò ignoramus, approbare non dicimur, vt est text. in l. de ętate, §. ex causa, ff. de interrog. act. & in cap. insinuante, extra de offic. deleg. sed testator ignorabat inhabilitatem huius testis, ergo licẽt illum rogauerit vt sit testis non per hoc censetur illum habilem approbasse, & ita vt vi-

dens iste intellectus ex plurib. nō potest procedere.

44 Sexto in ordine traditur intellectus, qui fuit originatiè Bald.in l.1.col.2.vers.potest ēi, C.eod.quē sibi ascribit Imola in d.l.ad testiū, §.conditionem, ff.eod.quod speciale fit in testamēto in scriptis cōdito. vt testis qui detectus est seruus, possit in iudicio examinari ratio specialitatis est: quia testes qui in testamento in scriptis condito adhibentur, nihil debent in iudicio deponere de facto alieno, & sic de testamento, sed de facto proprio; quia signū suum & subscriptionem debent recognoscere, l.ab initio, ff quemadm.testam.aper.sed seruus potest de facto proprio in iudicio examinari, vt est text.in l.interrogato, C.de quæst.& in l.seruus, C.de testib.ergo non mirum si seruus iste audiri debet & in iudicio examinari, secus verò in testamento nuncupatiuo, quia debet etiam de facto alieno interrogari testis, ex quo testamentum illud aurib. testium continetur, l.hæredes palā, in prin.ff.eod.& ꝙ tex.noster loquatur in testō in scriptis, probatur ex verbo signaretur, in eo positio, ꝙ loquitur in testō in scriptis, in quo signa requiruntur, non in nuncupatiuo testamēto in quo regulariter signa non requiruntur, nisi in testamento Cęci, l.hac consultissima, C.eod.

45 Sed iste intellectus non est bonus, & reprobatus est communiter per DD.in l.1.C.eod. & eū ex pluribus impugnat Ias.&

Primò, quia si seruus esset, sequeretur etiam si seruus quando fuit adhibitus communi opinione non fuisset reputatus liber, tamen admitteretur tanquam deponens de facto proprio, sed consequens est falsum, vt habemus in text.& in d.l.1.C.eod.ergo est etiam falsum antecedens.

Secundo, quia dispositio tex. nostri & d.l.1.procedit nō solum in inhabilitate seruitutis verū etiam in quacunque, vt generaliter conditio testis tēpore signati testamēti inspicitur, vt siue postea detegatur seruus, seu infamis, siue fęmina, siue alio modo inhabilis, istud tamen non nocet testamento, vt probatur in l.ad testiū, §.1.ff.eod.& supra firmauimus: sed secundum prędictum intellectum istud restringitur vt solum sit speciale in seruo ex quo testimonium ferre potest de facto suo, ideo non procedit.

Tertiò, quia seruo etiam nō conceditur de facto suo nisi in subsidium, & cum tormentis, l.serui, in primo responso, vbi gl.not.ff.de testa. & l.cum probatio, ff.de probat.præcedentib.tamen indicijs, vt est text.in l.si maritus, ff.de quęst.vnde dico, ꝙ si seruus in terminis nostris deponeret de facto proprio, adhuc tamen sibi non creditur nisi in subsidium, & cum tormentis.

Quarto, quia non est verum quod in testamento in scriptis testes habeāt solū deponere de facto proprio, imò habent ēt deponere de facto alieno, videlicèt, an testator se subscripserit, & ꝙ testator dicit illud ꝙ iā in illa scriptura cōtinebatur, volebat esse suum testamentū, itē habent deponere de pręsentia, & subscriptione aliorum testiū, ideò licèt in testamento in scriptis condito tantū loqueretur text. & non in nuncupatiuo, attamen adhuc de facto alieno deponere potest, & non tantū de facto proprio.

Vlteriùs verū nō videtur, ꝙ dispositio tex.nostri & in d.l.1.procedat tantū in testamento in scriptis, & non in nuncupatiuo; imò videtur, ꝙ si tempore conditi testamenti testis seruus adhibitus fuit, qui cōi opinione liber reputabatur, tamen subsistat testamentū, & probari possit, licèt postea seruus detegatur, ex quo eadem militat ratio in nūcupatiuo testamento quæ in scriptis, nempè, quia iste seruus quando testis fuit adhibitus omnium consensu liberorum loco habebatur, & sic fauore testamenti communis error facit ius, & veritati præualet, arg. l.vel negare, ff.quemadm.testam.aper.

Neq; verisimile videtur voluisse in casu prędicto magis subuenire testamento in scriptis, quam testō nuncupatiuo, militante eadem ratione, arg.l.illud, ff.ad leg.Aquil.l.a Titio, §.fin.ff.de verb.oblig.& ita tenuit gl.& ibi DD.cōiter, in d.l.1.C.eod.vt refert Ias.ibi, Fab.& alij hic, quicquid dixerit gl.nr̄a, q̄ sequutus est Tobias hic; Nec obst.tex.in d.l.1.& tex.noster, & in l.ad testium, §.1.dū in illis dicitur inspici cōditionem testis tēpore quo signatur, ergo loquuntur in testō in scriptis, non in nuncupatiuo.

Respondetur, quod ex quo eadem militat ratio in nuncupatiuo, quę in testamento inscriptis, non est verisimile ꝙ per illud verbū voluerit legislator restringere se ad testamentum in scriptis, sed illud posuisse gratia exempli, quasi dixerit, tempore quo fit testamentum si aliquis in testem adhibetur, inspiciendam esse conditionem ipsius testis.

Idcirco vt videtis, iste etiam intellectus ad hunc textum nostrum non procedit.

46 Quamobrē successit septimus intellectus, quod ex eo testamentum valet, & testis qui seruus apparuit examinari potest, quia fuit adhibitus ad solemnitatem testamenti, & quoties testis ad solemnitatem actus admittitur si postea inhabilis efficiatur, nihil obstat, quin examinari possit, vt probari videtur in l.ad testium, §.1.ff.eod.& in cap.1.an remon.deb.test. in vsibus feudorum, secùs verò, si ad solemnitatem actus non esset adhibitus, sed ad probationem, prout regulariter fit in contractibus, & in similibus actibus, vbi testes adhibentur, non quia requiratur quod sint habiles non solum tempore, quo adhibiti sunt, sed etiam tempore quo in iudicio producuntur, & examinantur; & ita loquuntur cōtraria, videlicèt tex.in d.l.quoniā liberi, & in d.§.duę autē sunt causæ. Et iste intellectus cōmunis est; eumq; sequūtur Bar.et Alex.post Dynū, & Iacob.de Aren.in d.l.ad testiū, §.1.& per Paul. Castr.& Alex.post Bald.in d.l.1.C.eod.

Attamen reprobatur per Imol.in d.l.ad testium, §.1.vbi etiam Cuman.& per Ias.in d.l.s.per Vigl. & alios hic, qui omnes contra hunc intellectum argumentantur.

Primo ex generalitate d.l.quoniam liberi, & d. §.duæ aūt sunt causæ, vbi testes seruilis cōditionis reprobantur, neq; apparet an testes fuissent magis adhibiti ad probādum quam ad solemnizandum.

Secundo, quia si verus esset prædictus intellectus communis sequeretur ꝙ si vnus ex testibus adhibitus in testamento inter liberos, in testamento ad pias causas, & in testamento militari condito detegeretur seruus, vel alio modo inhabilis redderetur testamētum nullū, cum in prędictis testamētis non requirantur testes ad solemnitatem, sed ad probationem

tionem, vt per DD. in l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. eod. sed consequens est falsum, & absurdum, cum magis fauorabile sit testamentum in prædictis casibus, & in eo omnes legum solemnitates omissæ sint, vt est text. in l. fin. C. famil. ercisc. l. r. ff. de testam. milit. & infra de milit. testa. in prin. ergo absurdum est etiam antecedens, & sic prædictus intellectus non est bonus.

Et quæ obstant iura adducta pro communi, vt est text. in d. l. ad testium, §. r. & in d. cap. r. an remo. deb. test. in vsibus feudorum, quia illa iura non magis concludunt, quod inspici debeat conditio testis tempore adhibitionis, & examinationis quando adhibentur ad solemnitatem quàm quando adhibentur ad probationem, prout dicebat Ias. in d. l. r. & sequitur Tobias hic.

47 Viglius ergo alium hic afferebat intellectum, qui est octauus in ordine, quod ex eo validum sit testamentum istud, & effectum habeat, quia testes in eo descripti non debent amplius examinari, sed statim quod constat in iudicio sigillum & subscriptionem serui esse, nihil debet esse impedimento, quo minus hæres institutus capiat hæreditatem.

Tobias autem hic, prædictum intellectum reprobat, quia aut vult Vigl. constare iudici tabulas signatas à testibus, & subscriptas ex alijs quàm ex ipsis testibus, & hoc est falsum, quia debet constare regulariter per ipsos testes, iuxta text. in l. cum ab initio, ff. quemadm. testamen. aperiant. aut vult hoc iudici constare ex ipsis testibus, & hoc quoquo etiam non potest, quia testis iste ex quo detectus est seruus non potest examinari, & in iudicio esse, d. l. quoniam liberi, C. de testib.

48 Vnde ipse Tobias alium & sic octauum intellectum tradidit ad text. nostrum, quod testamentũ de quo in nostro text. & in d. l. r. in quo testis fuit seruus, qui tempore conditi testamenti liber existimabatur non solum sit validum, sed semper sit efficax, & ex eo si nihil aliud dixit semper possit adiri hæreditas, quia quoties testis in instrumento se subscripsit, licèt postea efficiatur inhabilis, tamẽ respectu illius instrumenti, vel scripturę eius testimonium valet, quia ipsa scriptura dicitur esse depositio, vt vult glos. in l. hac consultissima, §. pen. in verbo, depositiones, C. eod. & non dicitur tunc testis dicere testimonium, sed cum se subscripserit; sed hic testis in terminis §. nostri testamento se subscripsit, cum simus hic in testamento in scriptis, ergo cum tunc temporis fuerit habilis, licèt postea detectus sit inhabilis, tamẽ eius testimonium valet: quia tunc dicitur testimonium prohibuisse cum se subscriberet, & sic quando fuit habilis, & ita etiam dixit Bald. & fuit eius declaratio in d. l. r. vers. potest etiam, C. eod. de testam.

49 Sed iste intellectus mihi non placet, ex quo restringit text. nostrum, & eius dispositionem ad testamentum in scriptis, & vult non procedere in testamento nuncupatiuo, quod est contra cõmunem opin. vt per Ias. in d. l. r. in 3. not. & nos contrarium statim verius esse demonstrauimus, quod imò procedat text. noster non solum in testamento in scriptis, verum etiam in nuncupatiuo militante eadem ratione, quia communi omnium consensu is testis liber existimabatur, idcirco communis iste error facit ius, & præualet veritati fauore testamenti, arg. l. vel negare, ff. quemad. test. aperiant.

50 Vnde ego text. hunc nostrum intelligo, vt testamentum in quo fuit adhibitus testis seruus, qui eo tempore cõmuni omnium consensu liber existimabatur, valeat, licèt postea is detegatur seruus, & sic inhabilis, & possit probari examinando ipsum seruum; & hoc non solum procedat in testamento in scriptis, sed etiam nuncupatiuo, per supradicta: & moueor ex pluribus.

Primo per text. in d. l. ad testium, §. r. ff. eod. vbi dicitur, conditionem testiũ inspici debere tempore quo signauit testamentum, non tẽpore mortis, & si tempore quo signarent tales fuerint, adhiberi possint, nihil impedientẽ si quid postea eis contigerit. Probatur ergo in eo tex. ꝙ si testis tempore adhibitionis, quãdo s. fuit adhibitus in testõ, erat liber, intelligatis verè, vel putatiuè, licèt postea efficiatur inhabilis, tamen nihil nocet testamento. Sic loquitur ille tex. non solum respectu adhibitionis, sed etiã respectu examinationis & productionis, vt declarat gl. ibi, quæ dicit, ꝙ nihil nocet testamento, sed testamentũ valet, etiã si postea seruus detegatur, vel fiat infamis, testamentũ probari non potest, ex quo seruus examinari non potest, ista enim est manifesta cauillatio ad illum text. qui vult, vt conditio testis inspiciatur tempore conditi testamenti, & nihil noceat si quid post factum testamentum acciderit.

51 Secundo moueor per text. nostrum, & in d. l. r. vbi Imperator vult testamento subueniendũ esse, in quo fuit adhibitus testis seruus communi opinione reputatus liber, licèt postea seruus detegatur, arguendo hoc pacto, qui vult consequens, censetur & velle omne suum necessarium antecedens, l. ad rem mobilem, ff. de procur. l. illud, ff. ad l. Aquil. & qui aliquid concedit, censetur etiam concedere omne id sine quo ad id perueniri non potest, l. 2. ff. de iurisd. omn. iud. sed Imperator in text. nostro, & in d. l. r. vult, prædictum testamentum valere, & sic vult consequens, ergo censetur etiã velle omne suũ necessariũ antecedens, omne inquã illud sine quo ad testamenti validitatẽ perueniri nõ posset, nempè, ꝙ testamentũ posset probari, & testis ille examinari.

52 Tertio moueor, per regulam vulgatam, ꝙ non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri, l. non debet, de reg. iur. sed si iste testis qui tempore adhibitionis erat habilis, vel verè, vel putatiuè non posset postea cum esset detectus inhabilis, etiam ex suo delicto examinari in iudicio, & sic per ipsum hæredi instituto, necnon testatori iniqua conditio inferretur, ergo ne hoc dicatur, concludendum est posse in iudicio examinari & produci.

Quarto & vltimo moueor per text. in cap. r. an remou. deb. test. in vsib. feudorum, vbi expressè dicitur, quod si testes tempore quo adhibiti fuerunt habiles erant, quia postea habiles esse desierunt, tñ possunt produci & examinari, stringit ille text. per rationẽ quę ibi in fine posita est, subdit. n. text. quid enim peccauit qui inuestituram accepit, si illi quos eo tẽpore idoneos adhibuit, & postea tales esse desierũt, quasi dicat: nihil; Ita in terminis nr̃is, quid peccauit testator, si ille qui tẽpore testamenti

 conditi

conditi tanquam idoneum adhibuit, & postea idoneus esse desijt; quemadmodum igitur ibi idoneus tēpore adhibitionis, est etiā idoneus tempore examinationis, ita in casu nostro; imò istud generaliter verum vr̃ in alijs actib. & dispositionibus, per text. ibi, & per rationē positā, quę non magis adaptari pōt ad casum illius tex. & tex. nostri, sed ēt ad alios actus, & dispositiones, quia si quis aliquē adhibuit in testem qui erat idoneus, & habilis, si deinde desinat esse idoneus & habilis, quid peccat? quæ nam culpa sibi imputari potest? idcirco istud non solum in testamentis, & in feudis, sed etiam in alijs dispositionib. hominum procedere videtur, vt testis qui fuit habilis tempore adhibitionis, sit etiam habilis tempore examinationis, per text. in d. cap. 1. per rationem ibi positam, quæ generalis est, & per alia supra deducta.

Neque obstant ea quæ in contrariū adducebantur, videlicèt tex. in l. quoniam liberi, C. de testib. & in l. 3. §. lege Iulia, ff. de testib. l. 3. §. duæ sunt causæ, de Carb. edicto, in quibus iuribus probatur, quod seruus infamis vel alio modo inhabilis detectus, examinari in iudicio non potest, nec produci.

Ad hęc iura puto vnico fundamento responderi posse, quod scilicet loquantur, quando aliquis qui erat seruus infamis, vel alio modo inhabilis produci & examinari debet in iudicio, qui tamē ante nunquam fuerat tanquam habilis adhibitus, quo casu, ego crederem quod non posset produci & examinari in iudicio, per supra dicta; & ita ego tenerem in tam vario ac difficili articulo.

Et si dicatur, in d. §. duæ autem sunt causæ, testes antea vt habiles fuerunt adhibiti, dum ibi dicit tex. aut propter temporis interuallum non eandem fidem habebunt; Respondetur, quod imò antea vt habiles adhibiti non fuerunt, sed sensus illorū verborum talis est, quod si quæstio filiationis in tempus pubertatis differretur, posset contingere quod illi qui ante dictum tempus erant habiles, postea non essent habiles, non tamen quod antea fuissent adhibiti.

Et ex prędictis apparet non rectè procedere conclusionem glos. nostræ, quæ versatur circa intellectum text. nostri, quod si testamentum in quo fuit adhibitus testis, qui erat seruus, & communi opinione reputabatur liber, validum est, licèt postea seruus detegatur, sed probari nō possit, quia seruus in iudicio examinari non potest, quod imò tale testamentum nedum valet, sed etiam probari potest, & testis produci & examinari in iudicio.

53 Secunda est conclusio ex glos. quod in instrumento à publico notario confecto, probatur testamentum in scriptis, siue testes desierint esse habiles, siue non, & ita absque alia depositione testium & recognitione sigillorum testamentum istud probatur quoties per publicum tabellionem in scripturam publicam redactum est, ita intelligunt glo. istā Bart. & alij in l. 1. C. eod. vbi glos. melius quàm hic se declarat; Et hæc cōclusio approbatur ex consuetudine, vt hic per Fabrum.

Azo tamen contrarium tenuit; quæ opin. Azon. verior videtur de iure, secundū gl. & DD. vt ipse Faber refert, sed gl. hoc non dicit, ipse tamen Fab. considerat duos casus. Primus est, quando instrumentū dicit, ꝙ talis sic testatus fuit, & pręsentib. talibus testibus; & isto casu talis scriptura nō facit fidem, & per eā non probatur testamentū in scriptis, quia non facit mentionem, quod solemnitas iuris fuerit adhibita, vt de sigillis & de subscriptionibus testiū. Secundus est casus, quando instrumentum facit mētionem de hoc, videlicèt, ꝙ talis sic fuit testatus & in præsentia talium, qui subscripserunt, & sigilla sua apposuerunt, videlicèt, talis de tali; & in isto casu adhuc cōcludit Fab. quod talis scriptura non probat testamentum in scriptis, quia de iure in testamento in scriptis requiritur solemnitas, & quod testes recognoscant sigilla, & subscriptiones.

54 Ego autē existimo, quod in isto secundo casu per instrumentū publicum manu publici Notarij confectū, probetur testamentum in scriptis, absq; eo, ꝙ testes recognoscant sigilla, & subscriptiones, etiam si decederent, quādo scilicet Notarius rogatus fuit à testatore, de testamento in scriptis, in pręsentia septē testium qui omnes apposuerunt sigilla, & subscripserunt, & omnes aliæ solemnitates interuenerunt, quę sunt necessarię in testamēto in scriptis, de quib. postea publicus Notarius mentionē facit in publico instrumento sua manu confecto, & istud verum puto, non solum de consuetudine, sed ēt de iure, & moueor per tria iura, quę allegat gl. nostra, videlicèt, in l. fin. C. de arbit. tutel. in l. fin. de edicto Diui Adr. toll. & in l. donationis, C. de donat. in quibus dicitur, quod vbi adest publicū documentum, non expedit habere aliam probationem per testes.

55 Secundo, quia instrumentum publicum factum manu publici Notarij, de per se plenam fidem facit, et plenè probat, prout est gl. reputata singularis & communiter approbata etiā in terminis nostris, in l. 2. ff. quemad. test. aper. vbi Bar. & alij not. & sequuntur Bart. & omnes, in l. 1. C. eod. prout refert & sequit᷑ Ias. in d. l. 2. illius tit. mihi nu. 4. & ita ego teneo, quia licèt de iure in testamento in scriptis requiratur solemnitas, quod testes recognoscant sigilla & subscriptiones, tamē ex quo notarius publicus prædictas solemnitates in eo requisitas in scripturam publicam redegit, nō est aliud postea quęrendum, sed illi scripturæ tanquam authenticæ statur, & bona fides adhibetur, & hinc est vt dicebat Ias. in l. 2. quod testamētum fuerit redactum in publicum instrumētum, per publicū tabellionem, non erit postea necessaria publicatio, instrumenta enim publica, & authentica non publicantur, quia cum de per se fidem perpetuam habeant, non expedit in hoc publicatio, vt ibi per eum.

56 Quærit Ioā. Fab. quid de scriptura priuata facta coram priuatis, nūquid illa faciat fidem & per eam probetur testamentum?

Et prima facie videbatur dicendum quod sic, per text. nostrum, vbi præsupponitur, quod esset scriptura, & tamen facit fidem, quod patet: quia si fidem non faceret testamentum viciaretur, ex quo aliquis ex testibus seruus detectus est qui testificari non potest, & tamen subuenitur testamento, ergo datur intelligi, quod scriptura priuata faciat fidem, & per eam probetur testamentum.

Secundo & vltimo, quia scriptura authētica facit fi-

cit fidem, vt clarum est, sed scriptura ista priuata in quo continetur testamentum, dicitur authentica, vt est tex. in l. fin. ff. quemadm. testam. aper. ergo facit fidem.

Contrarium tamen tenuit Fab. hic, post gl. in l. 1. C. eod. quòd imò scriptura priuata fidē non facit,
57 & per eam testamentum non probetur, nisi testes veniant corā Iudice ad recognoscenda sua sigilla, & suas subscriptiones, prout est tex. in l. cum ab initio, cum seq. ff. quemad. testam. aper. vbi dicitur, ꝙ ad officium Prætoris spectat cōpellere signatores, seu testes, vt veniant ad recognoscenda sigilla, vel negandum se signasse; & licèt aliqua pars signatorum non inueniatur, potest tamen testamentū aperiri, & recitari, & ex causa etiam omnibus absentibus coram personis optimæ opinionis, & tunc præsentes ei aperturæ, debent ipsum resignare, & postmodum mitti ad signatores, in quocumque loco consistant, vt eorum sigilla recognoscant, aut negent; idem etiam probatur in l. 2. ff. quemad. testa. aper. Si ergo testes cogendi sunt sua sigilla & subscriptiones recognoscere, ergo scriptura priuata in qua continetur testamentum, non facit fidem, & testamentum non probat de per se, sed postquam testes recognouerint sua sigilla, & suas subscriptiones, & examinati fuerint; & ille seruus qui reputatus fuit liber tempore conditi testamenti, & ipse poterit examinari, vt supra conclusimus, meritò non obstat tex. noster.

58 Non obstat etiam tex. in d. l. fin. ff. quemad. testa. aper. vbi scriptura priuata dicitur authentica. Respondeo, quod aliquid esse authenticum contingit duob. modis. Primò dicitur authenticū illud, quod est in publica monumenta redactum, prout est instrumentum publicum, manu publici tabellionis confectum, & in isto casu scripturæ authenticæ plena fides adhibetur, vt paulò ante firmauimus.

Secundo modo dicitur authenticū, originale alicuius actus, pro eodē. n. accipitur originale, authenticum, & exemplar; Copia verò extracta ab originali authentico, seu exemplari, dicitur index, exemplum, & sumptum, prout not. glos. in l. 2. ff. de fide instrum. Authenticum ergo in d. l. fin. ff. quemad. testa. aper. non accipitur pro scriptura authentica, cui plena fides adhibetur, sed pro originali, seu exēplari, ex quo postea authentico originali, seu exemplari, extrahitur exemplum, index, siue sumptum; Dum enim ibi dicitur, si quis fecerit testamentum, & exemplo eius quidem aperto, nondum apertum est testamentum, quod si authenticum patefactum sit, testamentum apertum est. Ecce, quod ibi loquitur de Authentico, idest de originali ipsius testamenti, quo quidem originali aperto, testamentum apertum est, exemplo verò, i. copia aperta, nōdum apertum testamentum. Et ita non obstat, etiam ille tex. meritò vera videtur opinio ista, quod scriptura priuata continens testamētum, fidem non facit, ita, vt illi stetur, sed ita demum, quando testes sua sigilla & subscriptiones recognouerint.

59 Ex isto quæsito infert deinde Faber, quod si alter testium esset mortuus ante recognitionem, an deficeret testamentum probatione, & per consequens viciaretur, ex quo probari non posset? & dicitur quod sic; & ita tenuit glos. vbi DD. in l. 2. C. quemadm. testa. aper. & DD. in d. l. 1. C. eod. vt est communis opinio, vt asserit hic Tobias.

Pro qua cōmuni opinione adducitur in primis tex. in l. cum ab initio, cum l. seq. ff. quemad. testa. aper. vbi debet Iudex cogere signatores, seu testes sua signa recognoscere, sed mortuus testis suum signum recognoscere non potest, ergo viciatur testamentum, ex quo deficit in probatione.

Secundo & vltimo adducitur tex. in cap. 2. extra de fide instr. vbi expressè dicitur, quod si testes descripti in testamento nō publico decesserint, instrumentum illud nihil probat.

60 Contrarium tamen tenuit Vigli. hic, quē sequitur Tobias, ꝙ imò si post signatū testamentū ante eius aperturam testis aliquis testamentarius decesserit, hoc nō nocet testamento quo minus aperiatur.

Pro qua opin. adducitur in primis tex. in l. 1. C. eod. nam tex. vult, ꝙ si testis qui testamenti conditi tempore liber existimabatur, ante aperturam testamenti detegatur seruus, hoc nihil testamento nocet, sed seruus mortuo æquiparatur, l. seruitutem, ff. de reg. iur. ergo mors quoque testamentarij testis testamento obesse non debet.

Istud tamen fundamentum nihil probat contra cōmunem: quia licèt seruus iure ciuili pro mortuo habeatur, tamen in recognitione sigilli non potest haberi pro mortuo, cum illud sit facti, & sic in hoc videtur differre à vero mortuo, et eo præsertim, quia vt s. firmauimus, seruus in recognitione sigilli & subscriptionis, licèt inhabilis, habilis tamen reputatur, ex quo is tempore quo fuit adhibitus, tempore s. testamēti conditi liber & habilis reputatus fuit communi omnium consensu.

61 Secundo igitur pro hac opi. adducitur tex. in l. 2. C. quemad. testa. aper. vbi dicitur, ꝙ tabulæ testamenti possunt aperiri testibus absentibus; si igitur possunt aperiri testib. absentibus, ita etiam videtur dicendum, quod possint aperiri illis mortuis.

Huic textui respondetur, ꝙ licèt testibus absentib. possint aperiri tabulæ testamenti, tamen remittendæ sunt postea ad testes, vt signa recognoscant, vt inquit tex. in l. si quis ex signatoribus, in fi. ff. eod. quemad. testam. aper. per quam legem declaratur d. l. 2. non enim nouū est, quod vna lex per aliam declaretur, l. non est nouum, ff. de leg. quæ quidem in testibus mortuis locum sibi vendicare non potest, vt patet ad sensum.

Tertio adducitur: quia quemadmodū testamentum quoties eius instrumentū amissum est, probari potest per duos testes, vt notat glos. & DD. in d. l. 2. C. de bon. poss. sec. tab. ita etiam dicendū est, quod possit probari in casu isto, præsertim, cum adsint subscriptiones, signacula, & alia quæ simul iuncta plenam inducerent probationem.

Quarto & vltimo adducitur tex. in l. ad testium, §. 1. ff. eod. vbi expressè dicitur, ꝙ si quid testi post conditum testamentū occiderit, hoc nihil testamento nocet, quominus valeat & aperiatur; & tenendo hanc partem contra cōmunem, quod si post signatum testamentum ante eius aperturā testis aliquis decesserit, hoc nihil testamento noceat, quo minus ex eo ius scripto hæredi acquiratur.

62 Respondetur ad adducta pro opinione communi. Et primo text. in l. cum ab initio, cum sequenti, ff. quemad. test. aper. vbi debet Iudex cogere signatores seu testes signa sua recognoscere. Respondetur, quod debet cogere testes viuentes, si verò mortui fuerint, debebit iudex recurrere ad coniecturas, nempè ad sigillum testis mortui, & ad suá subscriptionem faciédo comparationem literarum, & ad alias coniecturas, quę saltem simul iunctæ plenam faciunt probationem, presertim fauore testamenti, ne volútas testatoris periclitetur, publicè enim expedit, suprema hominum iudicia exitum habere, l. vel negare, ff. quemad. test. aperiant.

Vlterius respondetur per Tobiam hic, quod licèt debeat iudex cogere signatores signacula recognoscere, tamen sufficit, quod maior pars recognouerit, nec requiritur omnes cognoscere debere, l. sed & si maior, ff. quemad. test. aperiantur.

Secundo & vltimo non obst. text. in cap. 2. extra, de fide instrum. vbi si mortuus sit testis non in publico instrõ adhibitus, eius testimoniú nullum est.

Huic textui qui plurimum facere videtur, pro opin. communi respódetur ex intentione Bald. ibi, quem refert hic & sequitur Viglius, ꝙ illud cap. loquitur de testib. subscriptis, qui testaméto se subscripserunt, videntur quodammòdo deposuisse, & suú testimonium perhibuisse, meritò ille text. non obstat; Et ita ego in testamento in scriptis de iure verissimum esse arbitror.

63 In testamento verò nuncupatiuo, in quo non requiritur scriptura de necessitate, si fiat scriptura priuata manu testatoris, vel alterius coram septem testibus, ego teneo cum opin. commun. quod si vnus ex testibus moriatur ante aperturam & publicationem ipsius testamenti, quod testamentum illud sit nullum, eo quia testes in eo habent deponere de substantia testamenti, vt dicit glos. nostra, & iudex non potest moueri per coniecturas signa, & alia, nec etiam per comparationem literarum, vt supra diximus: in nuncupatiuo. n. si simplex priuata scriptura interueniat testatoris, vel alterius, illa non concurrunt, & facile fraus committi posset, tamen istud raro euenit, quia vt plurimum & ferè semper testamentum nuncupatiuum, quod maximè hodie in vsu est redigitur per publicum tabellionem in publicum instrumentum.

64 Tertia est conclusio quæ elicitur ex glos. testamentum nuncupatiuum redactum in scriptis per publicú tabellionem, non probari per solam scripturá, siue testium depositionem. Quam quæst. examinát latè Scrib. in l. hęredes palam, in prin. ff. eod. hanc tenuit Azo in Summa huius tituli, & glos. in l. 1. C. eod. pro qua adducitur.

Primò, quia substantia testamenti nuncupatiui non in scriptura sed in testibus consistit, §. fin. infra eod. tit. nostro, vndè si testes non examinantur, corruit testamenti substantia.

65 Secundo & vltimo adducitur: quia testamentum nuncupatiuum septem testib. probari debet, d. §. fin. infra eod. tit. sed instruméntum non habet vim nisi duorum testiú, l. in exercendis, C. de fide instr. ergo instrumento probari non poterit testamentú nuncupatiuum absque testium depositione.

Contrarium tamen quod imò nuncupatiuum testaméntum absq; testium depositione probari possit publico instrumento, tenuerunt DD. communiter, in d. l. hæredes palá, in fine, ff. eod. & in l. 1. C. eod. Ias. & alij in l. fin. C. de fideicomm. & sequitur hác opin. Tobias & cæteri post eum.

Pro qua opin. adducitur, quia instrumentum publicum factum manu publici Notarij de per se plenam fidem facit, et plenè probatur, vt not. glo. communiter approbata & reputata singularis, in l. 2. in princ. vbi Bart. & alij notant, & sequuntur, ff. quéadm. test. aper. & glos. in l. fin. in verbo, ostenditur, C. de fideicomm. sed testamentum nuncupatiuum (vt præsupponimus) redactum est ad instruméntum publicum per publicum tabellionem, ergo huic instrumento plena fides adhiberi debet, & sic eo probatur nuncupatiuum testamentum absque alia testium depositione.

66 Secundo & vltimo probatur communi conclusio, quia omne id quod instrumento publico córentum est, verum esse præsumitur, & ex eo instrumento probatur etiam, quod omnes testes essent mortui, l. precibus, C. de probat. & l. fin. C. de arbitr. tutel. l. in donationibus, C. de donat. sed testamentú istud in instrumento publico comprehensum est, ergo verum esse præsumitur, & ex eo probatur.

Non obstant adducta in contrarium, & primò dum dicebatur, quod substantia testamenti nuncupatiui non in scriptura sed in testib. consistat, ideò, si testes non examinarentur, corrueret substantia ipsius testamenti,

Respondent Recentiores, quod licèt testamentum nuncupatiuum non consistat in scriptura, non tamen prohibetur quin possit in scripturam redigi ad faciliorem probationem, vt est text. in l. contrahitur, in princ. ff. de pign. cum igitur istud testamentum nuncupatiuum redactum sit in scripturam publicam, idcirco ex ea scriptura publica ex eo instrumento probari debet.

Non obst. etiam secundo loco, dum dicebatur, quod testamentum nuncupatiuum septem testibus probari debet, sed instrumentum non habet vim nisi duorum testium, ergo.

Respond. ex intentione Bart. & aliorum in locis superius deductis, ꝙ non est verum instrumentum, habere vim duorum tantum testium, quia imò plurium habet, vt probatur in l. testiú, C. de testib. vbi habet vim quinque testiú, et ideo dicunt DD. ꝙ tot testium vim habet quot in instrõ descripti sunt, sed nos presupponimus septé testes descriptos fuisse in testõ, ergo instruméntú istud habet vim septé testiú.

Et ita vt videtis, vera remanet cóclusio communis contra gl. nostram, quod in instrumento publico absq; testium depositione probatur testaméntum nuncupatiuum; Quę conclusio procedit, & de consuetudine, & de iure, & per DD. in dictis locis.

67 Declarari tamen debet, vt vera sit, quando Notarius in instrumento dicit, ꝙ talis vltimú suum condidit testm̃ sine scriptis, coram septem testibus, adhibitis ad hoc & rogatis, quorum testium nomina in instrumento exposuit; in isto vtique casu procedit conclusio communis, quod hoc in instrumento publico, probatur testamentú istud nuncupatiuum

absque

abſque teſtium depoſitione: ſecus autem eſſet, quando Notarius in inſtrumento diceret, ſe fuiſſe rogatum ſcribere teſtamentum coram Titio & Sempronio, & alijs quinque teſtibus, quos in inſtrumento non nominauit; vel quando notarius in alio inſtrumento teſtamenti enunciet, quod talis coram ſeptem teſtibus, quos ſingulos in inſtrumento nominat, hæredem inſtituit talem, & totam teſtamenti diſpoſitionem enunciet notarius: quia tunc in prædictis caſibus non procederet Concluſio iſta communis, vt declarat Bald. & alij, in d.l. hæredes palam, in princ. ff. de teſtam. qui adducunt rationem, quare in iſto ſecũdo caſu ſtatim relato in inſtrumento publico non probetur teſtamentũ nuncupatiuum, quia inſtrumento quod alterius inſtrumenti mentionem facit, non creditur, niſi aliud inſtrumentum nominatum proferatur, vt eſt text. in Auth. Si quis in aliquo, C. de edendo ſed in hoc inſtrumento fit mentio inſtrumenti ipſius teſtamenti, ergo ei credi non debet, niſi inſtrumentum teſtamenti adhiberetur: & ita pertranſeo.

68 Quarta & vltima eſt Concluſio quæ colligitur ex gloſ. quod ſi teſtis poſt ſignatum teſtamentum factus ſit ſeruus, vel infamis, vel alio modo inhabilis ad teſtimonium ferendum, non admittitur ad recognoſcendum ſigillum ſuum. Quæ Concluſio probari videtur per text. quem gloſ. noſtra allegat, in l. 3. §. duæ autem ſunt cauſæ, ff. de Carbon. edict.

Sed iſta Concluſio vera non videtur, per text. in l. ad teſtium, ff. eod. vbi conditionem teſtium inſpicere debemus cum ſignarent illud, non mortis tempore: ſi igitur cum ſignarent tales fuerint, vt adhiberi potuerint, nihil nocet ſi quid poſtea eis contingat, ita dicit text. ille, ſi ergo teſtis poſt ſignatum teſtamẽtum efficiatur ſeruus, infamis, vel alio modo inhabilis ad teſtimonium ferendum, hoc nihil nocere debet quominus ſigillum ſuum recognoſcere poſſit, & teſtamentum valeat.

Neque obſtat reſponſio Imolę ad illum tex. qui dicebat loqui non de tempore depoſitionis, ſed de tempore mortis tantum.

Replicatur, text. illum loqui generaliter, quod ſi poſt ſignatum teſtamentum aliquid teſti acciderit, teſtamento non noceat; & ſic loquitur, quandocunque poſt conditum teſtamentum etiam tempore depoſitionis, & examinationis, vt latè ſupra concluſum eſt.

69 Non obſt. l. 3. §. duæ autem ſunt cauſæ, ff. de Carb. edict. quia etiam vt ſ. dicebamus, ille text. loquitur in diuerſo caſu, vt demoſtrauimus, ſupra in noſtro intellectu ad hunc §. ſub nume. 52. vnde aliter non repeto.

70 Accipio gloſ. fin. in verbo, omnium, quam diuido, in duas partes, in Prima notat vnum ex text. noſtro, in Secunda allegat ad illud cõfirmandum quędam iura, ſecunda eſt ibi, vt ff.

Pro expeditione primæ partis dicitur in tex. noſtro, quod ſi aliquis fuit adhibitus teſtis in teſtamento qui erat ſeruus tempore conditi teſtamenti, tamen liber exiſtimabatur, poſtea autem ſeruus detectus eſt, teſtamentum firmum eſt, cum eo tempore quo teſtamentum ſignaretur, omniũ conſenſu hic teſtis liberorum loco fuerat, ex hoc notat inquit gloſ. errorem prodeſſe.

In ſecunda parte allegat quædam iura ad hoc comprobandum, vt ff. de ſupellect. leg. l. 3. in fine, C. de lat. lib. toll. l. 1. §. ſed & ſi quis, & ff. de offi. prętor. l. Barbarius. In l. 3. dicitur expreſſè, quod error facit ius, in l. 1. §. ſed & ſi quis, probari videtur dictum gloſ. noſtræ, & in primis meminiſſe oportet, quod antiquitus quando aliquis moriebatur, ſolebat hæres mittere quoſdam, vel ex ſua liberalitate, vel ex voluntate defuncti, ad aſſociandum cadauer, qui pileati dicebantur, incedebant enim quibuſdam pileis ornati quibus tunc temporis vtebãtur, & illos pileos pro honore defuncti ferre non poterant ſerui, ſed tantum liberti, illi ſ. quidam libertatem conſequuti fuerant, ſi verò ſerui pileos habuiſſent, ſtatim fiebant liberi, prout declarat gloſ. ibi, & text. cum gloſ. infra ad leg. Falcid.

Quo ſtante dicitur ibi, quod ſerui qui domini ſunus pileati antecedunt, vel ipſo lectulo adſtantes cadauer ventilare videbantur, & ſi hoc ex voluntate fiat teſtatoris, vel hæredis, fiant illicò Ciues Romani, ſi autem teſtator, vel hæres vt liberalis & humanus populo videatur mittat multos ſeruos pileatos in funus, omnibus autem deceptis maneant illi in priſtina ſeruitute, publico teſtimonio defraudati, fiant ciues Romani, inducitur ille text. ad propoſitum gloſ. hoc pacto ex quo illi qui funus domini antiquitus antecedebant, ſolebant eſſe liberti, etſi erant ſerui, libertatem conſequebantur, ſi aliquis multos ſeruos vt liberalis populo appareret pileatos mitteret ad funus, non eo animo vt vellet eos libertatem conſequi, ſed manere in ſeruitute, & ita prædictos ſeruos qui credebant ſe libertatem conſequuturos, & populum etiam qui eiuſdem erat opinionis deciperet, tamen illi ſerui liberi efficiuntur, & ita ibi communis error facit ius, & prodeſt error illis ſeruis. In l. Barbarius quam alias induximus, habetur, quod quidam ſeruus cum eſſet fugitiuus, Romę Pręturam petijt, & cum liber exiſtimaretur Prætor deſignatus fuit, quærebatur modo, an quę dixit & quæ decreuit, nullius forent momenti, ex quo ille ſeruus poſtea apparuiſſet? & dicit ibi text. nihil eorum geſtorum reprobari, quia hoc humanius eſt, & ſic ibi communis error populi Romani prodeſt, & facit ius.

71 Colligitur ex hac gloſ. quod communis error prodeſt et facit ius, vt in iurib. ſtatim deductis; verũ quia hunc articulum & materiam hanc examinauimus ſupra latè cum Aret. & alijs in gloſ. ideo amplius ſuper eam non inſiſto.

Iuxta hanc gloſ. ponit Aret. hic id quod notat Bart. in l. 1. C. eod. & in l. ad teſtiũ §. 1. ff. eod. quod ad hoc vt poſſit aliquis teſtamentum reprobare in quo fuit teſtis ſeruus adhibitus vel alio modo inhabilis non ſufficit ſimpliciter probare teſtem eſſe ſeruum vel impuberẽ vel alio modo inhabilem, ſed opus eſt quod probet ꝙ tempore conditi teſtamenti ita habebatur & iudicabatur, & ideo quoties fit articulus, vel exceptio contra teſtes teſtamentarios, debet concludi quod talis teſtis ſeruus ſit, & ita tempore conditi teſtamenti ſit habitus & iudicatus aliter ſi ſimpliciter diceretur quod eſſet ſeruus non eſſet ſufficiens exceptio, et ita dicebat Bat.

in

in dictis locis, quem sequuntur Ozer. & alij hic.

72 Primo mouentur ex d.l.1.C.eod.& per text. nostrum vbi valet testamentum sd quod testis seruus communi opinione reputatus tunc liber fuit adhibitus, & ita in his legib. probari videbatur quod ad hoc vt obtineat ille qui excipit testem esse seruum, non sufficit hoc simpliciter dicere, sed opus est vt excipiatur ita habitum & iudicatum fuisse.

Vlterius pro hac opin. adducitur quia probatio necessario concludere debet l. neque natales, C. de probat. l. non hoc, C. vnde cogn. sed si quis probauerit testem esse seruum, hæc probatio necessario non concludit, cum licèt seruus sit tamen quandocunque eius testimonium non reprobatur, vt hic & in d.l.1.C.eod. ergo. qui simpliciter probat testé in testamento adhibitum fuisse seruum non probat quod ei incumbit, sed opus est vt probet ita fuisse habitum & iudicatum.

73 Contrariam tamen opin. tenuerunt Bald. Paul. Castr. Alex. ex cęteri communiter, in l.1. C.eod. & in l. ad testium, §.1. ff. eod. quod immo sufficit probasse testem esse seruum, nec requirat probari quod ita fuerit habitus & iudicatus. Pro qua communi opinione quæ verissima est, adducitur vnica tantum ratio, videlicèt, qui Regulam pro se habet, intentionem suam fundatam habere dicitur, & qui exceptione nititur, illam probare debet, d. l. quoties, & l. in exceptionibus, ff. de probat. Dec. & alij, in l.1. ff. de regul. iur. sed is qui probat seruum fuisse testem, habet Regulam pro se, cum regulariter seruus in testamento testis esse non possit, §. testes, supra eod. tit. l. qui testamento, §. seruus, ff. eod. ergo intentionem suam fundatam habere dicitur.

Ozer. tamen hic dicebat, quod Regula illa iuris non ita simpliciter intelligitur, vt seruus in testamento non possit esse testis, sed cum qualitate, vt sit ita habitus & iudicatus pro seruo.

Sed replicatur prout etiã facit Tobias hic, quod ad hoc vt seruus à testimonio repellatur, testem ipsum haberi pro seruo non requiritur, sed tantum quod sit seruus, & ita loquuntur iura dicentis seruum in testamento testem esse non posse, ideo Regula iuris simpliciter procedit, quod seruus in testamento testis esse non potest, ideo iste qui opponit exceptionem, & probat testem esse seruum, habet intentionem fundatam, & qui exceptione nititur, dicens ipsum seruũ quando fuit in testamento adhibitus pro libero habitum & iudicatum, id probare debet, cum sit fundamentum intentionis suæ, arg. l. si putem, ff. de probat. merito sufficit probasse testem esse seruum, nec requiritur probare quod ita fuerit habitus & iudicatus.

Non obstant adducta in contrarium; Et primo non obst. text. in d.l.1. C. eod. & tex. noster; quia respondetur ex intentione DD. quod non dicitur in dictis iuribus, quod opus sit ad hoc vt aliquis testamentum probare possit, testem pro seruo habitum & iudicatum, sed sufficit dicere seruum esse: illud autem quod pro seruo habebatur & iudicabatur, potius obijcitur per viã replicationis, agebat enim hæres ex testamento, conuentus verò dicebat testamentum nullum, quia in eo testes serui, adhibiti fuerant. Replicabatur, quod licèt essent serui, tamẽ istud in hac causa tractari non debet, cum tempore testamenti liberi existimarentur & reputarentur, & ita non obstant illa iura, quia quod ille qui testamẽtum reprobare vult dicat testem pro seruo habitum & iudicatum tempore conditi testamenti, procedit per viam replicationis.

Secundo & vltimo non obstat dum dicebatur; quod probatio necessario concludere debet, sed siquis probauerit testem esse seruum, hæc probatio necessario non concludit, cum licèt seruus sit, tamẽ quandocunque illius dictum & testimonium non reprobatur, ergo &c.

Respondetur ex intentione Aret. hic, quod probatio debet esse necessariò concludens, vt hic per eum, sed hic fuit probatum, id quod regulare est, quia regulariter seruus in testamẽto testis esse non potest, §. proximè præced. & l. qui testamento. §. seruus, ff. eod. ergo probatio ista necessaria est, quia sufficit quod regulariter procedat, vt dictum est, ergo istud etiam fundamentũ, nihil facit. Quamobrẽ remanet defensa communis opinio contra Bartol. & Ozer. quod scilicet, sufficiat testem probasse esse seruum, nec requiratur probare quod ita fuerit habitus & iudicatus, & ideo quando fit articulus & exceptio contra testes testamentarios, concludi debet quod talis testis seruus sit, nec aliter probetur quod tempore conditi testamenti ita fuerit iudicatus & habitus.

Aret. autem plenius ponit quando articulus probet, & quando non, distinguendo, quidam est articulus qui de necessitate concludit, & de hoc dicit Aretin. non est dubium quod admittitur; quidam est articulus qui probat præsumptiuè, & tunc quãdocunque inducit talem præsumptionẽ, quæ transfert onus probandi in aduersarium, & tunc debet admitti, vt l. cum res, & l. siue possideris, C. de probat. & in l. cum res dicitur, quod etiam sine instrumentis potest probari dominiũ probando titulum emptionis, cum precij numeratione, & vacuæ possessionis traditione, & ideo, quia probatio illa concludit præsumptiuè, & transfert onus probandi in partem aduersam, & admittitur articulus ille, in quo aliquis petit se dominum declarari, quia emit & precium numerauit, & vacua sibi tradita fuit possessio; aduersarius verò debebit probare contra ipsum articulantem, quod scilicet ille non erat dominus, & illud probare prout ibi declarat glos. Probatur ergo in eo textu, quod si probatio non concludit præsumptiue, quæ præsumptio transfert onus in aduersarium, admittitur articulus.

In l. siue possideris dicitur, quod dominium patris præsumitur continuari in filium hæredem, non in eum qui se prætendit donasse; ideò, si filij hæredes articulando petunt prędia, probando se filios, quia illa probatio concludit præsumptiuè, & illa præsumptio transfert onus probandi in aduersarium, articulus admittitur; & ita est casus noster inquit Aret. Si quis enim testes testamẽtarios probare velit, & articulando probat eos esse seruos, licet non dicat ita habitos, & iudicatus fuisse, tamen sufficit: quia illa probatio pręsumptiuè concludit, quæ præsumptio transfert onus probandi in aduersarium, qui postea debebit replicare, quod licèt

essent

essent serui, tamen communiter liberi habebãtur, & ij liberi iudicabantur, aliàs succumbet; ideò rectè procedit articulus, si in eo probatum fuerit testes testamentarios esse seruos, licèt non fuerit dictum habitos & iudicatos.

Subdit Aret. aut articulus inducit talem pręsumptionem quæ facit solemnem probationem, & tũc idem, quia admittitur, vt in l. in bonæ fidei, C. de iureiur. vbi dicitur, quod inopia probatiuuũ emergente, debet deferri per Iudicem iuramentum causæ decisiuum, si ergo aliquis articulando dicat se dominum alicuius rei, quia iuramẽtum sibi per iudicem fuit delatum, & ipse iurauit obtinebit, & articulus ille admittitur, quia iuramentum talem inducit præsumptionem, qua facit solemnem probationem. Quandoque neutrum istorum facit, nec aliquam probationem coadiuuat, & tunc non debet admitti, si enim articulus de necessitate non concluderent, neque induceret præsumptionem, quæ transferret onus probandi in aduersarium; item non induceret solemnem probationem, nec aliquam probationem coadiuuaret, non debet admitti, & ita procedit text. in l. neque natales, C. de probat. & in l. non hoc, C. vnde cognati, ita dicit Aret. hic.

Ex cuius dictis habetis, quod articulus qui de necessitate concludit, & qui inducit talem pręsumptionem, quæ transfert onus probandi in aduersarium; item qui inducit solemnem præsumptionem admittitur, si verò neutrum istorum faciat, non admittitur, iuribus per eum adductis; & ita declarat ipse hanc materiam.

74 Quęrit hic Aret. in fine, quomodo intelligantur illa verba, omnium consensu liberorum loco fuerat, posita in text. nostro, & concludit, intelligi debere omnium, s. eum cognoscentium, non enim requiritur quod ab omnibus hominibus liber reputetur, quia hoc impossibile videretur; & ita communiter declarant DD. hic, & in l. 1. C. eod. vbi Bart. & idem Bart. in l. ad testium, ff. eod. pro qua declaratione faciunt ea quę deduximus s. in vltimo notab. videlicèt, tex. in l. si inter omnes, iuncta gl. ff. qui satisd. cog. vbi inter omnes cõuenit, quod hæres sub conditione possidens hæreditaté, substituto caueat de hęreditate non diminuenda, inter omnes, declarat glos. ibi, s. de hac re Iuriconsultos interrogatos, quia s. esset impossibile vt omnes Iurisconsulti in hoc conuenirent, sed possibile est vt omnes de hac re interrogati in hoc conueniant; ita in casu nostro, ad hoc, vt seruus possit esse testis in testamento, & testamentum non vicietur, requiritur vt ab omnibus liber sit reputatus, exponi debet ab omnibus, s. eum cognoscentibus, aliàs impossibile esset, quod omnes homines eum liberum reputarent.

75 Vlterius adducebatur: nam quoties vniuersale signum refertur ad verbum præsentis temporis vel præteriti, tunc signum illud restringitur ad eos qui vel interfuerunt actui vel cognouerunt vel tractauerunt prout subiecta materia exigit, prout dixit Bart. in l. 1. §. nunciatio, nu. 2. ff. de noui oper. nunciat. sed in hoc textu vniuersale signum omnium consensu refertur ad verbum præteriti temporis, nempè, ad verbum fuerat, ergo restringi debet ad eos qui cognouerunt testem illum, & illius notitiam habuerunt, & ita vno ore hic, & in d. l. 1. declarant Scribentes.

An autem sufficiat quod maior pars cognoscentium, eum liberum reputent, Ioan. Fab. hic tenuit, quod maior pars sufficit; idem tenuerunt Corneus, Alex. & Ias. post antiquiores, in l. 1. C. eod. & in l. ad testium, §. 1. ff. eod. & hæc videtur cõmunis opinio, vt hic per Tobiam, quæ probatur

76 Primo per text. in l. maior, ff. ad municip. vbi, quod maior pars vult, perinde est, ac si omnes voluissent,

Secundo probari videtur arg. tex. in l. 3. in princ. ff. ad Maced. iuncta l. 2. C. eod. tit. ad Maced. dicitur .n. in d. l. 3. q. si filiusfamil. publicè habeatur paterfamiliàs potest ei mutuari, & tunc cessat dispositio Senatuscons. Macedoniani, & tamen dicitur in d. l. 3. quod sufficit quod à plerisque & sic à maiori parte paterfamil. iudicetur.

Tertiu & vltimo probari videtur prędicta communis opinio, quia fama dicitur esse communis opinio, vt tradit Bart. in l. de minore, in secunda quæst. ff. de quæst. & tamen probatur pro maiori parte, vt ibi per Bart.

77 Contrariam tamen partem, quod imò non sufficiat, quod testis iste à maiori parte cognoscentium eum, existimetur liber, sed opus sit vt omnes eum cognoscentes liberum esse reputent, tenuit Ioan. de Imola in d. l. ad testium, in §. 1. ff. eod. & Aret. hic, & mouetur.

Vnica tantum ratione, quia qui omne dicit, nihil excludit, l. Iulianus, ff. de leg. 3. sed text. noster & text. in d. l. 1. C. eod. dicit, quod ad hoc vt possit esse seruus testis in testamento, & testamẽtum non vicietur, omnium consensu liberi loco existimari debet, & tenendo hanc partem: Non obstant in contrarium adducta pro opin. communi, &

Primò non obstat dum dicebatur, id quod maior pars vult, perinde est, ac si oẽs velint, d. l. quod maior, ff. ad municip. Respondetur, quod loquitur in his quæ geruntur per Vniuersitatem, nam ad eorum commodum vel pręiudicium sufficit quod maior pars consentiat, sed secùs est in casu nostro.

78 Secundo non obstat text. in l. 3. in princip. ff. ad Maced. iuncta l. 2. C. eod. tit. nam huic textui dupliciter respondetur, Primò, quod sumus in diuersis, quia tex. noster vult vt iste omnium consensu habeatur liber, ibi verò sufficit si paterfamil. habeatur. Secundo respondetur, quod non mirum est, quod hoc ibi ita sit, quia odiosum est Senatusconsultũ Macedonianum, & eius materia & dispositio, ideò debet restringi, vt in Regula Odia, extra de reg. iur. in 6. Sed hic ampliantur, non restringuntur, ergo.

Tertio & vltimo non obstat id quod de fama dicebatur, quę dicitur cõis opinio, & tamẽ probatur per maiorem partem, Huic rationi respondent Recentiores, quod procederet, quando text. diceret hunc communi consensu debere liberum iudicari, sed text. hoc nõn dicit, sed vtitur vniuersali signo omnium consensu, ideo non obstat.

79 Tobias tamen hic, num. 6. distinguebat in hac

quæstione duos casus, ex mente Fabri. Primus est, quando probaretur quod testator sciebat eum à nonnullis haberi pro seruo, ab alijs verò communiter haberi pro libero, & tunc procedat opinio Imolæ & Aret. quod testamentum non subsistit. Ratio est, quia iura nō subueniunt negligentibus, §.pen. supra quib. alien. licet vel non, sed testator hic fuit negligens, cum posset alium testem adhibere, & hunc voluit adhibere, quem nesciebat vtrum liber esset, cum de hoc dubitaretur inter homines, ergo ei lex non impartitur auxilium suum. Quod tamen dictum ego ex mente Aret. declaro procedere, quando alium testem idoneum poterat adhibere, vt, quia esset in loco, vbi esset hominum copia, secùs autem si pauci fuissent homines, vt tempore pestis, quia tunc excusabitur testator, & testamentum non viciabitur.

80 Secundus est casus: testis existimabatur ab aliquo, vel ab aliquibus, eum cognoscentib. seruum, sed hoc tamen testatori non constabat, quia publicè pro libero habebatur, & tunc procedat commun. opin. aliàs vt dicebat Vigli. de facili redderetur elusoria constitutio text. nostri, & in l. 1. C. eod. Reliqua videatis per vos.

REPERTORIVM AD RVB. De exhæred. liber.



GGREDIMVR interpretandum tit. de exhæredatione liberorum, in quo pertractatur materia quidem vtilis, vt experientia docet, cum quotidie de filiorum exhæredatione in praxi disputetur, in cuius tituli explicatione rectum ordinē sequuti in primis de continuatione agemus, demum verò ad verborum positorum in Rubr. declarationem accedentes nonnulla ad ipsam exhæredationem vtilia præfabimur.

1 Cum igitur in iure statutum sit quemlibet titulum esse ad proximum continuandum, l. 2. ff. de sta. homin. itaq; gl. hic, in verbo, non tamen, duas ponit continuationes.

Prima est, licèt supradicta obseruatio de testamentis ordinand. solemnis sit, non tamen sufficit, sed requiritur quod pater instituat filium in potestate

state retentum aut nominatim illum exhæredet.

2 Sed contra hanc cōtinuationem oppono: nam videtur in illa Accurs. duo implicare contraria, prout etiam aoimaduertit Picenard. hic, contra l. si filius, ff. de minor. l. Titiæ, ff. de cond. & demonstrat. l. 1. C. de furt. præsupponit enim solemnem testamentorum ordinandorum formam, supra tradictam fuisse, & tamen non sufficere ad ordinandum testamentum quæ duo sunt contraria, cum solemne illud dicatur, quod in se habet omnem solemnitatem à iure requisitam, vt est tex. in Auth. de testament. imperf. §. & siquidem, vbi Imperator appellat testamentum solemne sententiam perfectam; facit gl. in l. 2. ff. de iniusto rupt. testam. vbi dicitur, quod primum testamentum tollitur per posterios perfectum, & glos. ibi declarat quale dicatur testamentum perfectum, & inquit, quod ex eo quis potest hæres institui, & sic quod habet in se omnes solēnitates prout etiam sentit Barbat. in Rub. extra de testam. in secunda lectura, & hinc est, quod non iure factum testamentum dicitur, quod caret solemnitatibus, vt tradit glos. per illum textum in princ. J. de hæred. quæ ab intest. in verbo non iure dixit felicissimæ recordationis, Illustris vir D. Lelius Taurellus in commentarijs ad Gallum, & legem Velleiam, pag. 9. sed ad hoc, vt omnino testamentum valeat, debet etiam hæc solemnitas interuenire; quod si filios habēs eos instituat, aut nominatim exhæredet, l. inter cætera, ff. de lib. & posth. & in princ. tit. nostri, at de hac solemnitate instituendorum, vel exhæredandorum filiorum non est actum supra, ergo supradicta obseruatio non est solemnis vt voluit Accurs.

Secundo igitur modo oppono: nam dicitur in ea, quod supradicta obseruatio de testamentis ordinandis non sufficit, &c. imò sufficit, quia extraneo hærede instituto non debet testator necessariò illum hæredem instituere, vel exhæredare, ita, quod si eum silentio inuoluerit, tale testamentum, viciaretur, quia imò valet, vt tot. tit. infra, de hæred. instit. ergo prædicta obseruatio testamentorum ordinandorum vt plurimum sufficit, ergo corruit prima glos. continuatio.

3 Secundo modo Accurs. sic continuat. Supra de ea obseruatione quæ est circa fidē, & probationem satis dictum est, nūc de ea quæ est circa pietatē dicendum est; & licèt ea obseruatio quæ circa fidem est satis diligens sit; non tamen sufficit, meritò ponitur titulus iste de exhær. liberorum.

Sed contra hanc continuationem moueor: quia Accurs. in illa præsupponit, quod in tit. nostro tractetur de ea sōmnitate quæ circa pietatem versatur, quod est falsum, cum tractetur de exhæredatione quæ est contra pietatem paternam; Respicit enim ipsa exhęredatio impietatem paternam, cum natura simul & parentum commune votum ad bona parentum liberos admittat, l. scripto, §. fin. ff. vnde legit. imò est odiosa, l. secunda, ff. de inofficioso testamento. facit text. J. in princip. de inoffic. testam. cum per eam filij exhæredati iniuria afficiantur, l. cum quidam, C. de leg. si ergo principaliter in hoc tit. tractatur de exhæredatione, sequitur, quod non tractetur de obseruatione quæ respicit pietatem, vt in hac continuatione præsupponitur, ergo corruit.

4 Vnde Port. sentiens has difficultates alio modo continuabat hunc titulum. Visum est supra de solemnitate extrinseca testamenti quę consistit in numero testium, in subscriptione hæredis, in subscriptione testiū, & in sigillorum appositione; verum, quia est alia solemnitas quæ appellatur intrinseca, consistens in institutione hæredis, vel exhæredatione liberorum, & ideo de ea tractaturus intitulauit de exhær. liber.

Sed nec etiam hæc à nobis probatur, & contra ipsam insurgunt Bell. num. 1. Tobias nu. 1 1. Picenard. et alij hic, est enim Port. reprehēdendus dum ipse præsupponit, quod institutio vel liberorum exhæredatio sit solēnitas intrinseca, quod dictum

5 falsum est, nam solemnitas intrinseca est illa, sine qua id quod profertur verificari non potest, vt notatur per scribent. in l. sciendum, ff. de verb. oblig. Aret. in §. fin. in glos. fin. nu. 10. infra, de fideiussor. Cynus noster in l. 1. in princ. C. de contr. & commit. stipul. Butrigell. in d. l. sciendum, nu. 12.

Primum est exemplum secundū DD. in stipulatione quę verificari non potest sine interrogatione, & responsione subsequente, l. 1. in princ. ff. de verb. oblig. & ideo ipsa interrogatio, & responsio dicitur intrinseca solemnitas ipsius stipulationis.

Secundum est exemplum secundum Cynum in fideiussione, quæ absque stipulatione esse non potest, l. blanditus, C. de fideiuss. tit. generali.

6 Solemnitas verò extrinseca illa est sine qua verborum prolatio verificari potest, exemplum est in contractu emptionis & venditionis, vel in alio contractu, in quo pupillus obligari debet, in quo quidem contractu tutoris authoritas debet interuenire quę solemnitas tutoris, etsi non interueniat, nihilominus verificatur id quod prolatum est, s. quod sit emptio & venditio, cum sine ea emptio esse possit licèt in casu illo sit inualida, vt per DD. in d. l. sciendum.

Secundum est exemplum in stipulatione à minori facta, & interposita super alienatione, quæ non valet si decretum Iudicis extrinsecus non accedit, licèt adsit solemnitas intrinseca, videlicèt interrogatio, & responsio subsequens.

At testamētum verificari potest sine liberorum institutione vel exhæredatione si alius sit hæres institutus, ergo institutio, vel exhæredatio nō dicitur solemnitas intrinseca testamenti, cum illa sit caput & fundamentum testamenti, §. ante hęredis institutionem, infra, de legat. vndè, siue instituantur liberi, siue exhæredentur, siue instituātur extranei, semper testamentum validum erit, ergo Continuatio Port. non est admittenda.

7 Nec obstat si dixeris institutionem, vel liberorum exhæredationem esse solemnitatem intrinsecam, ex quo sine illa testamentum vile est, d. l. inter cętera, ff. de liber. & posth. & infra in princ. tit. nostri.

Nam Respondetur quod nō valet d. consequentia: nam bona pupillorum immobilia, & mobilia quæ seruando seruantur, non possunt tutores vendere sine Iudicis decreto, & si vendant, nulla est

vendi-

venditio, l. lex quę tutores, in fi. & iuncta ibi Rubr. ff. de reb. eorum qui sub rutel. & tamen decreti interpositio non est solemnitas intrinseca talis venditionis, sed extrinseca, l. quęcunq;, §. fin. ff. de publiic. in rem act. ergo data instantia corruit argumentum §. pauonum, Instit. de rer. diuis. dictum autem Port. teste Bell. hic verificatur in testamento condito ab eo qui habet liberos, & tunc certum est huiusmodi testamentum non valere nisi adsit exhęredatio vel institutio liberorũ, quę non extrinsecus aduenit, sed consistit in eo quod agitur, sed in institutione simpliciter accepta non potest verificari eius dictum, cum sine institutione vel exhæredatione liberorum testamentum esse possit, dummodo sit aliquis hæres institutus, puta extraneus. Corruit ergo Continuatio Port.

8 Quarta itaque fuit continuatio Fabr. Ita dicentis, quia inter cætera quæ in testamentis inferuntur, principalior pars est hæredis institutio à qua omnia dependent, d. §. ante institutionem hæredis, I. de leg. idcirco primo de institutione ponit: Verum, quia institutio nulla est nisi de liberis sit promisso, instituẽdo, vel exhæredando, vt infra in prin. §. igitur, de ea proponit hoc principale ius, videlicèt, de exhæred. liber.

Quæ continuatio etsi fortasse sustineri posset, at tamen continet in se non modicam difficultatem, nam præsupponit ipse Ioan. Fabr. quod non valeat institutio nisi ea in qua sunt instituti filij, & filijs sit prouisum, quod falsissimum est, cum possit dari institutio aliorum quàm filiorum, & tamen testamentum valeat toto tit. ff. & C. de hęred. instit. ergo non est admittenda.

9 Continuatio igitur quæ nobis sequenda est, est ipsa Imperatoris, in principio huius nostri tit. quæ talis est.

Suprà de nonnullis testamentorum obseruationibus dixerat Imperator, verum; quia hęc quoque obseruatio quæ supra fuit exposita non sufficit ad hoc vt omnino valeat testamentum, sed qui filium in potestate habet, curare debet, vt eum vel hæredem instituat, vel nominatim exhæredet, & ideo ponitur hic de exhæredatione liberorum. Quam continuationem sequuti sunt Bell. Vigl. & Tobias hic, num. 11. cui quidem ego libentissime adhęreo; & hæc quo ad tituli situationem.

10 Iuxta quam continuationem quæro ego, quare fuerit concepta Rubr. de exhæred. liber. non autem filiorum, cum Imperator in hoc tit. & in prin. illius vtatur hoc nomine filij.

Non insistendo dicatis hoc factum esse, quia liberorum significatio latior est quàm filiorum, vt videbimus de hoc in vltimo capite super hãc Rub. explicando ad hoc ergo vt non solum compręhendantur filij, sed & nepotes, & alij qui viuo testatore iura suorum hæredum nancisci possint, l. Gallus, §. idem credendum, ff. de liber. & posth. §. posthumorum, infra eod. ideo dixit de exhæredatione liberorum non filiorum.

Quantum verò ad verba posita in Rubr. pertinet, cum ipsa sit inscripta de exhæredat. liberorum nonnulla de ea præfari nos oportet.

Primo quid sit institutio, præteritio, & exhæredatio, & quid hæc tria inter se differant.

Secundo quotuplex sit exhæredatio, & quare fuerit inuenta.

Tertio quæ personæ possint exhæredare.

Quarto qui exhæredari vel institui necessario debeant.

Quinto quę in exhæredatione conficienda de substantia requirantur.

Sexto quæ sint ipsius exhæredationis causæ.

Septimo qui sint exhæredationis effectos.

Octauo & vltimo, qui propriè veniant appellatione liberorum.

Quibus peractis, erit explicata substantia huius nostræ Rubricę.

11 Ideo ad rem ipsam accedentes, quantum pertinet ad primum scire oportet, institutionem, vel hæredem instituere, nil aliud esse, quàm sibi hæredem statuere, quasi intus, idest in suo loco ponere, huc enim agit qui instituit vt institutus loco suo post mortem suam sit dominus suorum bonorum, nam vna & eadem persona videtur esse hæredis, & defuncti, vt in Auth. de iureiur. à morient. præstit. versiculo, cum vtique, l. antiquitas, C. de vsu & habit. l. finali, C. de hæred. instit. & per aditionem hæreditatis iura hæreditaria & dominia transferũtur in ipsum hæredem, & continuantur in ipsum quasi eadem, sicuti fuerunt in defuncto, cum fictione iuris censetur hæres eadem persona defuncti, l. hæres. ff. de vsucap. dixit Nicas. in §. hæredes, num. 3. infra, de hæred. instit. Azo in Summa, C. de hæred. instit. Et ad hanc institutio-
12 nis validitatem quattuor olim erant necessaria. Primum quod esset facta de bonis testatoris; Secundum usque ad portionem legitimam; Tertium quod esset in testamento conscripta. Quartum & vltimum requirebatur, quod fieret in principio testamenti, hodie verò firmissima est de quacunque quantitate fiat, & si minus legitima relinquitur, datur supplementum ad ipsam; & testamentum semper est efficax, l. omnimodò, ubi Bald. & Salicet. de inofficioso testamen. nec non etiam potest fieri in medio, uel in fine testamenti, §. ante hęredis institutionem, infra, de legat. Diffinitur autem propriè institutio hęredis secundum Moder. Bonon. in Auth. ex causa, C. de liber. præterit. num. 3. videlicèt, Institutio est bonorum suorum in totum, vel in partem, in dominium, post mortem constitutio, testamento facta; & hæc quo ad Institutionem.

13 Pręteritio est quando quis non est institutus nec nominatim exhęredatus.

Sed hęc præteritio sumitur dupliciter, in specie, & in genere, ita dixit Rubeus in l. pater filium, num. secundo, ff. de inofficioso testamen. in specie sumitur, quando quis non est exhęredatus, nec institutus, §. eadem, infra, de hęred. quę ab intest. defer. l. ex facto, §. Lucius, ff. de vulg. & pupill. l. ita tamen, §. qui rogatus, ff. ad Trebell. glos. in l. nam & is, §. fin. de inofficio. testamen. Zuccard. in l. posthumo, num. 25. vbi Ias. num. 3. Dec. num. 5. Moder. Bonon. in Auth. ex causa, C. de liber. pręter. num. 5. de commum testatur Bello. in princip. titu. nostri, num. 4. & Iguens in d. Auth. ex causa, num.

num. 99. & nu. 217. Preteritio autem impropriè & in genere est, nullam mentionem alicuius facere, gl. in l. 3. C. de lib. præter. Zucchar. in l. posthumo, nu. 25. C. de bon. poss. contra tab. de qua loquitur tex. sm Dec. & alios in d. l. posthumo, & §. mater, §. posthumi,]. eod. tit. nostro, l. quidam, C. de fideicom. l. omnimodò, C. de inoff. testam. dixit Azo in Sum. C. de lib. præter. dixit Imola in l. filio preterito, nu. 53. ff. de iniusto rup. testa. propriè verò diffinitur præteritio hoc pacto: Præteritio est institutionis, vel exhæredationis legitimæ omissio in testamento facta, quam etiam diffinitionē sequuti sunt DD. in d. Auth. Ex causa, vbi Moder. Bonon. nu. 5.

14 Exhęredatio verò de qua tractatur in hoc tit. est secundum Bar. in Auth. Ex causa, nu. 3. C. de liber. præter. ab hæreditate exclusio expresse & solemniter facta, idem Bart. in l. quidam cum filium, nu. 6. ff. de verb. oblig. qui inquit, quod exhæredare nil aliud est, quàm aliquam hæreditatē, vel iure succedendi priuare, quā sequitur Ballion. de Nobilib. in d. Auth. Ex causa, num. 31. teste autem Bal. in d. Auth. Exhęredatio, est dispositio expressa vel tacita priuans aliquā ex liberis, vel parentib. ab hæreditate sibi debita in testamēto solemniter facta; & hæc iudicio meo est melior omnib. Primo loco dicitur in ea dispositio tacita vel expressa, quia etiam exhæredatio fit tacitè vt in milite, l. sicut certi, C. de mil. testa. §. pen.]. eod. tit. & dicemus nos]. dr priuatus, quia per exhæredationē impeditur effectus suitatis, & illius quasi dominij, l. qui in aliena, §. interdum, ff. de acq. hæred. & ideo fit per verbum, exhæredo, l. 2. de lib. & posth. l. 3. §. nominatim, ff. de iniusto rupto testam. l. scriptus, ff. vnde lib. & intelligatis quantum ad effectum, quia exhæredatio ritè facta si adita est hæreditas, perpetuò im-
15 pedit filiū succedere, d. l. scriptus, l. filium, ff. de bon. poss. contra tab. l. si quis posthumos, ff. de liber. & posth. verè tamen non priuat quo ad suitatem, sed solum suspendit, vt per DD. in l. qui se patris, vbi Moder. Bonon. nu. 15. C. vnde libe. dicitur ex liberis vel parentibus: quia isti solum debent exhæredari, cū in alijs inepta exhæredatio, l. quidā cum filiū, & ibi Bart. ff. de verb. obl. item dixit hæreditate sibi debita, quia propter ius acquisitum necessaria est ista priuatio, argum. l. cum ratio, ff. de bon. damn. iuncta l. nam & si parentibus, ff. de inoffic. testam. item dicitur testamento, quia in codicillis fieri non potest, § pen.]. de codicill. vltimo dixit solemniter facta, quia si non est ritè facta non valet, imò ille dicetur præteritus, l. nō putauit, §. nō quęuis, ff. contra tabul. Exhæredare ergo est constituere filiū alienū à substantia, vel hæreditate sua, puta, si testator dicat, exhæredo filiū meū, vel a mea substātia esto alienus, vt describit Azo in summa, C. de liber. pręter. per text. in l. si quis filium, C. de lib. præter. vbi dicitur, si quis filium propriū exhæredauerit ille filius meus alienus meæ substantiæ fiat talis filius ex huiusmodi verborum conceptione, non præteritus, sed exhæredatus intelligatur.

16 Hæc autem exhæredatio triplex in iure reperitur seu triplici modo consideratur, aut enim est latissima, aut lata, aut stricta, seu propria; ita dixit Bart. in d. Auth. Ex causa, nu. 3. C. de liber. præter. sequitur Ballionus de Nobilibus, ibi, nu. 6. Bellon. hic nu. 5. Tobias nu. 3. Picenad. pag. 47.

Latissimè accipitur exhęredatio pro pręteritione filiorum ignoranter facta, si. n. pater extraneum sibi hęredem instituat pręterito filio quam ignorabat habere, tunc dr filiū tacitè excludere ab hęreditate sua, & hoc modo sumpta exhęredatio dicitur propriè pręteritio, vt sentit Bar. in d. Auth. & facit tex. in l. si instituta, §. fi. cū l. seq. ff. de inoff. testa. vbi dicitur, q si mater filiū quem habebat existimans decessisse, qui tamen viuebat extraneum hęredē instituerit, potest filius agere querela inofficiosi testamenti aduersus huiusmodi testamentū matris suæ, vt etiā dicit ibi gl. sed querela nō datur nisi filio exhęredato, l. nō putauit, in prin. ff. contra tab. ergo talis pręteritio pro exhęredatione habetur. Nec obst. si dicatur ibi speciale esse in matre, quod pręteritio habeatur pro exhęredatione, §. fin.]. eod. tit. nostro.

Nam respondet Bart. quod in matre speciale est, quod pręteritio habeatur pro exhęredatione valida, adeo q pręteritione filij in testamento materno facta opus sit querela; sed in alio quàm in matre pręteritio in eo casu habetur pro exhęredatione inualida, quoniam voluntas testatoris nō adfuit, non enim testator videtur exhęredasse filium, quem ignorabat habere, vnde hac de re dicitur exhęredatio largissimo modo sumpta, & adeo verum est hoc, quod etsi fuerit facta à milite, testamentum esset nullum, l. sicut certi, C. de milit. testam. bene verum est, quod legata in tali testamento relicta, quando s. pater ignoranter filios suos pręterit debentur, vt est gl. in l. cum mater, in verb. prætsierūt, quā appellat ibi Bald. singularem, ff. de inoffi. testa.

17 Latè verò accepta exhęredatio significat pręteritionē eius cui iure naturę hęreditas debetur scienter factam, si. n. pater sciat se filiū habere & alium hęredem instituat pręterito filio, tunc intelligitur eum tacitè exhęredare, ita dixit Bart. in d. Auth. ex causa, allegans text. in d. l. sicuti certi, C. de testam. mil. vbi dicitur, quod similes sciens filium habere, & aliū scripserit hęredem, censetur illum exhęredate, et sic eius pręteritio habetur pro exhęredatione, ad idem facit tex. in §. sed & si in expeditione,]. eo. tit. nostro, l. si cum vel in vtero, C. de milit. testam. l. si patronus testamento, in princ. ff. de bon. libert. & hęc exhęredatio propriè pręteritio dicitur quę à pagano liberos habente facta inutile reddit testamentum, vt]. eo. in princ. secùs si à milite vel à matre, vel ab aliquo ascēdente ex linea materna, quia illorum pręteritio habetur pro exhęredatione, d. §. fin.]. eod. cum consoc. statim deductis. Et ideo non obst. si quis diceret, quod omnia illa iura loquuntur in milite, in quo speciale est quod pręteritio habeatur pro exhęredatione. Nam respondet Bart. quod in milite speciale est, quod pręteritio sua habeatur pro exhęredatione valida, adeò, quod testamentū cōfirmetur, & sit opus querela, sed in pagano & in alijs non habetur pro exhęredatione valida, et hoc est priuilegium militis, quia si miles sciat se filiū habere, & eum silētio inuoluat, valet quidē testamentū, quod secùs est vt diximus in pagano.

18 Strictè vel propriè sumpta exhęredatio significat expressam exclusionem filij, vel alterius

ab hæreditate vt dicit Bart. in d. Auth. Ex causa, vt si ego habeam filium, & dixero alio mihi hærede instituto, filius meus exhæres esto; & ista est vera exhæredatio de qua tractatur in tit. nostro, & de qua sumus nos verba facturi.

Est & exhæredationis alia diuisio aliqua enim fit mala mente, aliqua bono animo; mala mente dicitur fieri exhæredatio, quando fit notæ causa, idest causa ignominię & vt filius exhęredatus nota seu ignominia & damno afficiatur; & hæc est propria exhęredatio. Alia verò quæ fit bona intentione, & bono animo seu patris prouidentia est, quando quis filium prodigum exhæredat, nepotesq; instituat ab eisq; huiusmodi filius leget alimenta, & in isto casu dicitur facta exhęredatio bono animo, & impropriè dicitur exhæredatio, & pro hac diuisione exhęredationis est text. in l. multi non notæ, ff. de liber. & posth. in l. pen. §. 1. ff. de curat. furio. hæc etiam declarantur per Aret. in § si 1. num. 3. J. eod. tit. nostro quo in loco Aret. addit aliam exhæredationis speciem quã improprijssimã appellat, quando is cui iure naturæ hęreditas non debetur exhæredatur, & sic extraneus. Sed ego opinor in hoc malè loquutũ esse eum in tali casu, qñ s. exhęredatur extraneus non dicatur aliquo modo exhæredatio, cũ illi quibus nõ debetur legitima successio, frustra exhęredentur, vt inquit Bald. & alij etiã notant, in d. Auth. Ex causa, C. de liber. præterit.

19 Quare autem fuerint adinuenta exhæredatio. Et tone dicatis fuisse inductã, ad hoc vt pater posset liberè in alium, quã in suum hęredẽ dominium suorum bonorum transferre: nam cum dominium bonorum paternorum continuetur in suum hæredem, nõ potest ipse pater instituẽdo aliũ hæredem dictum dominium in alium hęredem trãsferre, nisi primo dictum filium in quem de iure dictum dominium continuatur, priuet exhæredando: quam rationem colligitur ex traditis per Bart. in l. in suis, ff. de lib. & posth. & in l. pater filium, ff. de inoffic. testa. & in l. 3. C. eod. tit. Hanc sequitur Ang. de Perighis in Repetitione d. l. in suis, nu. 136. ff. de liber. & posth. de cuius veritate videbimus etiã in 1. not.

20 Quantum pertinet ad tertiũ s. qui possint exhęredare dicatis non omnibus fuisse exhęredandi concessam facultatem, sed illi tantũ qui testandi imperium habẽt, exhęredatio enim in testamento pręcipuè non autem in codicillis fieri potest, l. non codicillum, C. de testam. §. fin. de codicill. vbi dicitur: Codicillis autem hęreditas neque dari, neque adimi potest, ne confundatur ius testamentorum, & Codicillorum, & ideò nec exhęredatio scribi.

Qui autem possint et debeant necessariò exhęredari vel institui dicẽdũ est, quod omnes quib. debetur hęreditas iure naturę, seu saltem legitima ab intestato, prout sunt omnes ascendẽtes, & descendentes, qui primum liberorũ gradum obtinent, vt per tot. titulum de hæredit. quę ab intest. defer. & de legit. agnat. success. extraneis exhæredandi ius non sit, & in extraneis ineptissima est exhæredatio, l. quidam, vers. in eo, ff. de verb. oblig. Ratio autẽ est teste Bellon. hic, nu. 5. in fine quia exhæredatio nihil aliud est quàm priuatio hæreditatis, saltem futuræ, priuatio autem præsupponit habitum, l. manumissiones, ff. de stat. homi. in l. decem, in fine, ff. de verb. oblig. §. 1. Inst. de libert. & sic qui omninò aliquam partem hæreditatis habituri non erant, non possunt exhæredari; quã rationem sequitur Ozer. hic, nu. 5. & Picenard. pag. 48. Vnum tamen non omitto quod Tobias hic repręhendit ipsum Ozer. & malè, cum dicta eiusdem Ozerij Tobias non perceperit: nam non inquit simpliciter Ozer. quod omnes qui successuri sunt ab intestato, sint exhæredandi vt præsupponit Tobias; sed inquit omnes qui successuri sunt ab intestato, siue ascendentes siue descendentes, & sic etiam ipse excludit extraneos vt apparet ex illius verbis, & tãtum ascendentes & descendentes qui primum gradum obtinent includit, dum loquitur de ascendentibus & descendentibus, qui successuri sunt ab intestato, alij enim cum non sint sui hæredes, extraneorum loco habẽtur, §. extraneus, infra, de hæred. qual. & differ. non sunt exhæredandi, vt sensit etiam Picenard. hic, d. pag. 48. Aliquando etiam fratres & sorores omninò exhæredandi sunt, quando à fratre vel à sorore turpes personæ instituuntur, §. ingratitudinis, in Auth. de nupt. in eo enim casu si non sunt expreßè exhæredati hæredibus institutis præferuntur, §. soror & frater, infra, de inoffic. testam.

21 Ad hanc autem propriam & veram exhæredationẽ introducẽdã, sex omninò de substãtia requirũtur, quorũ mẽtionẽ hodierno die sumus facturi.

Primo n. requiritur, vt nominatim fiat, hoc est persona certa designetur exhæredata, vt si dixerit testator. Titius filius meus exhæres esto, l. nominatim, ff. de liber. & posth. & in prin. tit. nostri, l. inter cætera, ff. de liber. & posth. vel simpliciter, si vnum tm̃ filiũ habeat testator dicat, filiũ meum exhæredo, secùs si plures: quia tũc nemo cẽsetur exhęredatus, l. 2. ff. de liber. & posth. §. nominatim, J. eod. tit. nostro, vbi latissimè hoc requisitũ explicabimus.

22 Secundo requiritur quod fiat purè, non sub conditione vel ex die, nam si quis dixerit, cum Titius hæres fuerit, Sempronius filius meus exhęres esto; vel exhæredo filium meũ, si nauis ex Asia venerit, hoc enim modo facta exhęredatio non valet, l. 3. §. purè, ff. de liber. & posth. vbi dicitur purè autem filium exhęredandum Iulianus putat, qua sententia vtimur, ideò, si testator dixerit, Titius hęres esto, & si Titius hęres non erit. Sempronius filius meus exhęres esto, tunc talis exhęredatio dr̃ nullius momenti, pro quo etiã facit l. sub conditione, ff. de bon. poss. secundũ tab. l. si quis Sempronium, ff. de hæred. instit. Ratio aũt est: quia certo iudicio liberi à parentum successione remouendi sunt, d. l. sub conditione, vbi dicitur sub conditione exhæredatus, contra tab. bonorum possessionem petet, licèt sub conditione hæres institutus à cõtra tabul. bonorũ possessione excludatur, ergo cum ipsis non detur bonorum possessio cõtra tab. l. nõ putauit, in princ. ff. contra tab. et in d. l. sub cõditione, dicatur ꝙ exhęredatus sub conditione potest petere bonorũ possess. cõtra tab. patet vtriq; ꝙ illa exhæredatio nõ valet, quia si valuisset, non potuisset petere contra tab. debet ergo exhęredatio esse purè concepta.

23 Tertio requiritur ꝙ fiat à toto gradu hæredum non à persona certa, vt si plures hæredes instituat,

& ab

& ab vno ex eis filium exhæredet, vnde ad hoc vt valeat, debet testator eum ab omnibus hæredibus exhæredare, non autem à persona vnius, aliàs exhæredatio esset nulla, l. 3. §. filius inter medias, in versi. nisi, ff. de liber. & posth. & in l. non putauit, §. si ab vno, ff. contra tab. vbi dicitur, si ab vno ex hæredibus sit filius exhæredatus Marcellus lib. 9. Digestorum ait filium non videri exhæredatũ, idcirco contra tab. bon. possess. peti posse contra vtrumque hæredem; benè verum est quod non est necesse, quod exhæredatio fiat ab omnibus gradibus, sed ab vno tantum, vt puta, si quis dixerit in suo testaméto, Titium hæredé instituo, eiq; substituo Sempronium, & filium meum exhæredo, in isto casu valebit quidem exhæredatio, & perépto primo gradu à secundo gradu inciperet valere testamẽtum, & sic in isto casu Titius primo loco institutus à quo filius non fuit exhæredatus, sed ei Sempronio substitutus statim post mortem testatoris non consequetur hæreditatem, d. l. 3. §. fin. ff. de liber. & posthum.

24 Quarto, q̃ fiat à tota hæreditate, non aũt à quota vel à re certa, vt si dixerit testator, filius meus à tota hæreditate exhæres esto, vel simplex exhæres esto, quia tunc intelligitur à tota hæreditate exhæredatus & exclusus; si verò dixerit filius in tertia parte exhæres esto, vel in tali fundo exhæres esset, nullius est valoris talis exhæredatio, l. cũ quidam, ff. de lib. & posth. vbi dicitur, cum quidam filium ex asse hæredem scripsisset, filio quem in potestate habebat decem legasset, & adiecisset in tertia parte, mihi exhæres erit, & quæreretur an rectè exhæredatus videretur. Scæuola respondebat, non videri, & in disputando adijciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exhæres esse iussus rectè exhæredaretur, aliãque causam esse institutionis, quia tunc benignè acciperetur, exhæredationes autem non esse adiuuandas, ergo colligitur in quadã parte factam exhæredationem non valere.

25 Quinto requiritur, vt iusta & legitima causa exhæredationis in testaméto à testatore apponat, tex. est in Auth. non licet, C. de lib. præt. Eamq; verã esse hæredes instituti probauerint, aliàs exhæredatio nullius esset momenti, §. aliud, §. sic igitur, & §. si talia, in Auth. vt cũ de appell. cognos. quæ nam autem sunt iustæ & legitimæ causæ exhæredationis, inferius explicabimus in capite proximo futuro; & hæc quinque requisita refert glos. in d. l. 3. §. ante hæredis, ff. de liber. & posth. quæ sequuntur Cyn. noster, & Alber. in l. 1. C. de lib. præter. & alij posteriores, quibus & additur sextum requisitum.

26 Sexto ergo & vltimo requiritur ad hoc vt valeat exhæredatio quod adeatur hæreditas, quod requisitum fuit de mente Salic. & Azo. in Rubr. C. de lib. præt. quod approbarunt Paul. Castr. Alex. & Ias. in d. l. 3. §. ante hæredis, & Picenar. hic, in pag. 50. pro quo facit tex. in l. si patronus testamento, §. ex testamento, ff. de bon. lib. vbi dicitur: ex testamento autem à quo adita non est hæreditas, neque petita bonorum possessio, liberis exhæredatio non nocet; absurdum est enim in hoc valere tantum testamentum, vt exhæredatio vigeat, cum aliàs non valeat; Ad idem facit l. filium, vers. sed cum exhæredatio, ff. de bon. poss. contra tabul.

27 Quintum est caput, vt uideamus quænã sint exhæredationis causæ; Et quatuordecim enumerãtur in §. causas, in Auth. vt cum de appell. cognos. quas quidem recenset glos. in Auth. non licet, C. de lib. præter. & in §. ingratitudinis, in Auth. de nupt. & nos etiam illas breuiter prosequemur.

Prima est, si ipsi filij inijciant manus violẽtas in suos parentes, quod tamen dictum debet intelligi secundum Bart. in l. vt vim, nu. 4. ff. de iust. & iure, nisi vim ui repellant, quia tunc non esset iusta causa exhæredationis, & de hac prima causa loquitur tex. in cap. de forma, 22. quæst. 5.

Secunda, si grauem iniuriam verbalem parentibus inferant.

Tertia, si eos in causis criminalib. accusauerint, quæ non sint contra Principem vel Rempub. si verò eos occultè denunciauerint, non est iusta causa exhæredationis, cap. quia ad hoc, 11. q. 1.

Quarta, si vitæ parentum suorum per venenum, vel alio modo insidiatè tentauerint.

Quinta, si ad delationem illorum parentes passi sunt grauem iacturam, & damnum in bonis suis.

Sexta, si parentes furiosos non custodierint.

Septima, si cũ maleficis hoĩb. vt malefici versent.

Octaua, si nouercam aut cõcubinam parentum cognoscant, propter quod Ruben à patre suo Iacob priuatus fuit iure primogenituræ.

Nona, si parentes coniecti fuerint in vincula, & filij nolint pro illis fideiubere, sed hoc non extenditur ad filias.

Decima, si filij non liberabunt patrem à captiuitate, vel ab hostibus, propter quam causam licèt pater filios non exhæredet, sunt tamen exhæredati ex ipsa lege, vt in d. §. causas.

Vndecima, si præter voluntatem parentum inter arenarios vel mimos filius se sociauerit, & in huiusmodi professione permanserit, nisi forte parẽtes eiusdem exercitij fuerint: nam tũc nihil Iudæus Iudæo, nil Catilina Cethego, & nil dolosus doloso, l. in arenam, C. de inoffic. testam. glos. in d. §. aliud quoque capitulum, in Auth. Vt cum de appellat. cognosc. in verbo, professionis.

Duodecima, si prohibeãt parentes testrũ facere, & hoc debet intelligi de facto, vt prohibitio sortiat effectũ, vt notãt DD. in l. testaméti, C. de inoff. test.

Decimatertia, si filia maluit impudicè viuere q̃ in matrimoniũ collocari, & hoc debet intelligi, nisi hoc fecerit post 25. annum, & stetit per patré quo minus tradita fuit nuptui, quia si fuerit luxuriata, & impudicè vixerit post 25. annum, & non fuit per patrem tradita nuptui, cum ad hoc compelleretur, non esset iusta causa exhæredationis, vt notant Doctores in l. cum te, C. de inoffic. testam. sed ita non est in filio, quia luxuria filij non sic dehonestat sicuti filiæ, quamuis non sit minus peccatum, sed fortè maius, vt tradit Nicas. hic, num. 16. nec excusatur filius, si pater sit inhonestus, nisi daret causam turpitudinis, secundum Paul. Castr. in Auth. sed si post. sed inhonestas matris facit quod filia non potest exhæredari à matre, nisi mater se emendauerit, ita notant Doctores in l. si filiam, C. de inoffic. testam. Bart. in l. in arenam, C. de inoffic. testam.

Decimaquarta & vltima, si fuerint filij hæretici

& pater Catholicus, d. §. aliud quoque, & §. seq. in Auth. Vt cum de appellat. cognosc.

28 Et nō solum propter has causas iam descriptas, & in d. §. aliud quoque specificatas, potest filius exhæredari, sed etiam propter alias similes, vt per Alexandr. in d. l. si quis id quod, nu. 18. ff. de iurisd. omn. iud. Iul. Clarus Alexand. in tract. de testam. in quæst. 41. Viuius in suis opin. cōmun. pag. 319. & probatur hoc à simili; nam in vsibus feudorum sunt expresse causæ, propter quas vasallus amittit feudum, tamen propter alias causas non expressas æquè grauiores, feudum amittit, cap. vnico, vbi etiam Bald. nu. 22. quib. mod. feud. amitt. in vsibus feudorum. dixit Felin. in c. pastoralis, de Rescript. Hanc esse communem testantur Ias. in d. Auth. Non licet. Ripa in l. fin. num. 137. C. de reuocand. donat. sequitur Cassan. in Consuetud. Burgund. in Rub. 7. §. 2. Comprobatur vltrà prædicta: quia

29 vbi est eadē ratio, vel maior, non dicitur lex extendi sed enucleari, secundum Oldrad. in cons. 185. Calder. in conf. 1. vbi enim est eadem ratio, vel maior, non dicitur quis extendendo nouum casum addere, sed quod in primo casu in ratione concludebatur secundum æquitatem detegere seu declarare, lex enim dicitur esse quod in ratione constit, cap. consuetudo, 1. distinct. ergo vbi habet locum legis ratio, circa id dici debet lex. Vnde dicebat Ioan. Anan. inter cons. Pauli Castr. cons. 261. lib. 2. col. 2. quod vbi est eadem ratio & omnimoda similitudo, non dicitur lex extendi, casus ille sub eiusdem legis dispositione includi, per glos. in ca. 1. de tempor ordinand. lib. 6.

Et sicut propter prædictas causas vel similes filij merentur à parentibus exhæredari, ita etiam merentur exhæredari à Patre Cęlesti, & de his etiam causis loquitur glos. in cap. Quintauallis, in verbo, exhæredaret, extra de iureiurando.

30 Et è conuerso, si filius vel nepos de Castrensi vel quasi Castrensi peculio testamenta condiderint, nec extent descendentes, tenentur parentes hęredes instituere, aut certis ex causis eos exhæredare, alioquin testamētū nō valet, & causæ sunt octo.

Prima, si parens accusauerit filiū de crimine capitali, nisi accusatio fiat de crimine læsæ maiestatis, vel hæresis.

Secunda, si pater vt maleficus vel alio modo insidiatus fuerit vitæ filij.

Tertia, si pater immiscuerit se nurui vel concubinæ filij.

Quarta, si pater prohibuit filium testamentum condere in Castrensi vel quasi.

Quinta, si pater insidiatus fuerit vitæ vxoris, & sic matris filij, vel mater vitæ mariti veneno, siue alio modo.

Sexta, si pater filium in furore constitutum curare, & nutrire neglexerit.

Septima, si pater filiū captiuū redimere noluerit.

Octaua & vltima, si fuerit filius Orthodoxus, pater verò hæreticus, §. si verò contigerit, cum sequent. in d. Auth. Vt cum de appell. cognosc.

Possunt quoque addi alij causæ æquè graues, vel grauiores, propter quas permittitur exhæredatio parentum ipsis filijs.

31 Effectus autem istius veræ & propriæ exhæredationis sunt plures, vt fatētur DD. varijs in locis, & præcipuè Ozer. hic, & Tobias nu. 6. & Picenard. 10 pag. 48.

Primus est effectus, quia exhæredatio priuat filium, & eum excludit ab earum rerum dominio, quarum viuo patre domious quodammodo erat, vt sunt bona paterna, l. in suis, ff. de liber. & posth.

Secundus effectus est, vt exhæredatio validet testamentum, illudq́; confirmet, l. inter cętera, ff. de liber. & posth. quod aliàs foret nullum, vt in princ. nostri tit. & ideo filio exhæredato, hæres scriptus non impeditur adire hæreditatem, cum tali exhęredatione firmetur testamentum, Bart. in l. 3. nu. 3. ff. de leg. 1.

Tertius est effectus, vt institutus per aditionem consequatur dominium rerum defuncti, quod ipse consequi non potuisset si earum rerum dominus filius fuisset, l. si vt certo, §. si duob. vehiculum, ff. cōmod. qui quidē effectus oritur ex ipsa exhæredatione ante hæreditatis aditionem, vt per Soc. iun. in l. hæc verba, nu. 49. & ibi etiam Bart. ff. de leg. 1.

Quartus & vltimus effectus est, vt filio emancipato cui aliàs si præteritus esset, & non exhæredatus, competeret bonorum possessio contra tabul. §. emancipatus, infra eod. l. non putauit, in princ. l. si filium, §. sed cum exhæredatio, ff. de bon. poss. contra tab. Sed animaduertatis, hos omnes effectus non esse diuersos à primo, sed ex primo oriri opinamur, cum enim per exhæredationem filius priuetur eo quasi dominio quod habebat in bonis paternis, sequitur institutos posse adire hereditatē, testamentum valere, & per consequens filio emancipato non competere bonorum possessionem, & sic vnicus tantum est effectus, cum reliqui ex eodem princ. ortum ducant.

32 Vltimum est caput quod pertinet ad illud verbum (liberorum) de quo in Rubr. nostra.

Aio igitur, dictionem hāc (liberorum) plures habere significationes, & inter alias habere hanc præcipuam, latam s. & strictam. Esse autem hanc vocem (liberorum) nomen generale, dixit Barbat. in l. cum acutissimi, num. 1. C. de fideicommiss.

33 In stricta & propria significatione accipiendo hoc nomen, dico, quod appellatione (liberorum) veniunt filij, siue plures sint, siue vnus tantum masculi, siue fœminæ, & sic descendentes, qui sunt in primo gradu, l. non est sine liberis, ff. de verb. sign. vbi dicitur non esse sine liberis, cui vel vnus filius, vnave filia est, & sic ex eo colligitur, appellatione liberorum, vnicum filium vel filiam contineri, & non solum in plurali numero, sed etiam in singulari inuenitur, vt est text. in §. hoc quoque, supra per quas pers. nob. acquir. Ad idem facit text. in l. ius autem, ff. de pact. & in l. nemo prædo, ff. de reg. iur. ibi, locupletiorem eum non esse factum, qui liberum acquisiuit, s. filium, dixit Alciat. in d. l. non est sine liberis, ff. de verb. signif. plura ad hoc cumulans iura: fateor tamen, quod raro inuenitur hæc dictio in numero singulari, & secundum rectum linguę Latinę sermonem, talis enunciatio in numero plurali ab optimis authoribus proferri solet, d. l. non est sine, & ibi Alciat.

34 In

34 In lata verò & generali significatione si sumatur hoc nomen, liberorum, veniunt omnes descendentes in infinitum, text. est in l. liberorũ appellatione, ff. de verb. sign. vbi dicitur, liberorum appellatione nepotes, & pronepotes, cæteriq; qui ex his descendunt continentur; ad idem facit tex in l. appellatione, ff. de verb. sign. l. cognoscere, §. liberorum, ff. eo. de verb. signif. l. quicquam, §. parentem, ff. de in ius vocan. in l. 1. §. generaliter, ff. de leg. præst. Ampliatur hoc dictum primo loco vt intelligatur non solum de descendentibus masculis, sed etiam de fœminis, §. fin. qui testam. tut. dat. poss.

Secundo ampliatur, vt etiam appellatione liberorum veniant descendentes ex filia, & sic non solum ex masculis, sed etiam ex fœminis descendentes, l. 1. C. de cond. insert. l. cognoscere, §. liberorum, ff. de verb. signif.

Tertio ampliatur vt veniant non solum descendentes legitimi, & hi qui sunt in nostra potestate, sed etiam ij qui non sunt, l. 4. §. fin. ff. de in ius voc. Alex. in l. 2. num. 9. ff. de in ius vocan. qui declarat quomodo istud procedat.

Quarto ampliatur, vt non solum naturales & legitimi, sed etiam legitimi tantum, scilicèt adoptiui, §. adoptiui, j. eod. tit. nostro, iuncta Rubr.

Quinto & vltimo ampliatur, vt non solum sibi locũ vendicet in descendentibus natis, sed etiam in nascituris, §. posthumi, iuncta Rubr. j. eod.

Hæc autem cõclusio quæ habet appellatione liberorũ omnes descendentes in Infinitum contineri, procedit, attenta impropria significatione, secùs verò secundũ proprietatem: nam propriè loquendo, appellatione liberorum veniunt tantum descendentes, vsque ad trinepotem, & sic vsque ad sextum gradum, sed quoniam hoc non transit sine difficultate, ideo aliquantulum insistemus.

35 Sit ergo à nobis in dubiũ reuocatum, nunquid appellatione liberorũ veniant omnes descendentes vsque in infinitum, propriè, an verò propriè vsque ad sextum gradum tantum, vltra uerò sextum gradum impropriè. Qua in re Barto. in d. l. liberorum appellatione, & Alex. in Rubr. ff. de liber. & posth. vbi etiam Ias. tenent, quod propriè liberorum appellatione veniant descendentes vsque ad trinepotem, scitis enim illos qui sunt in primo gradu vocari filios, qui in secundo nepotes, in tertio pronepotes, in quarto abnepotes, in quinto atnepotes, in sexto verò gradu dicuntur trinapotes. Cõmunis ergo est opinio, quod propriè appellatione liberorum veniant solum vsque ad trinepotes, alij autem vlteriores impropriè liberi dicantur; quam etiam opin. communem tenet Alex. in l. 4. ff. de in ius vocan. de communi testatur Soc. iun. in l. filiusfamilias, §. diui, num. 24. ff. de leg. 1. DD. in §. ita demum, j. de hæred. quę ab intest. defer. de communi testatus est Picenard. hic, pag. 50. Pro qua opinione singularis deducitur text. in l. Iurisconsultus, §. parentes, ff. de gradib. vbi parentes vsque ad tritauum apud Romanos proprio vocabulo nuncupantur, vlteriores verò maiores dicuntur. Item subdit ibi text. liberi, vsque ad trinepotẽ s. nuncupantur, vltrà hos posteriores vocantur, videtur ergo probare ille tex. commun. opin. quod liberi propriè dicuntur vsque ad trinepotes, quemadmodũ propriè dicuntur parentes vsque ad tritauum, in primo. n. grado est pater, in secũdo auus, in tertio proauus, in quarto abauus, in quinto atauus, in sexto uerò gradu est tritauus.

36 Ego verò existimo opinionẽ contrariam veriorem esse, quod etiã vltra trinepotes attenta propria significatione vocabuli, alij descendentes appellatione liberorum contineantur, quam opin. contra comm. tenuit Tobias hic, nu. 9. Picenar d. pag. 50. Pro qua validissima deducuntur argumenta; &

Primo deducitur tex. in l. quisq;, ff. de in ius voc. §. parentẽ, vbi dicitur: Parentem vsque ad tritauum appellari aiunt, superiores maiores dici; hoc veteres existimasse Pomponius refert. Sed Caius Cassius in infinitum parentes dicit, quod & honestius est; subdit ibi I. C. & meritò obtinuit. Probatur ergo ex eo textu, quod appellatione parentũ ueniunt omnes ascendentes, etiam vltra tritauum, & quidem propriè, quia uerba in dubio sunt propriè accipienda, l. non aliter, ff. de leg. 3. vnde si parẽtes propriè dicuntur etiam vltrà tritauum, liberi etiam vltrà trinepotem propriè dicentur: quia cũ ista duo sint correlatiua, id quod statuitur in vno correlatiuorum, intelligitur statutum in altero.

Secundo hoc etiam probatur in l. sed si hac, §. liberos, ff. de in ius voc. vbi liberos secundũ Cassium vt in parentibus etiam vltrà trinepotẽ accipimus; ecce, quod ibi probatur, quod quemadmodum parentes propriè dicuntur vltra tritauum, ita etiam liberi vltra trinepotem.

Tertio mouetur Tobias per text. in l. liberorum appellatione, ff. de verb. sign. ponderãdo dupliciter illum tex. Primo ponderat illud verbũ continetur, cuius regularis natura est, verborum proprietatem significare per doctrinam Barto. in l. cui notum, §. affinitatis, ff de postulando.

Sed ista ponderatio Tobiæ non est bona: quia illa doctrina Barto. est communiter reprobata, & eam redarguit Ias. in l. Gallus, §. instituens, ff. de liber. & posthu. num. 51. nam verbum (continetur) proprietatem non significat.

Secundo ponderat Tobias d. l. liberorũ, quæ lex situata est sub tit. de verb. sign. in quo titulo de vi & proprietate verborum agitur, vndè, cum in illa lege dicatur, omnes descendentes appellatione liberorum contineri, verisimile est, quod hoc procedat inspecta proprietate verborum, quia omnis lex debet adaptari ad naturam tituli sub quo situata est, argum. l. Imperatores, ff. de in diem adięc.

Sed nec etiam secũda inductio Tobię est admittenda, quia in tit. de verb. sign. non solum agitur de propria verborum significatione, sed etiam de impropria, vt colligere nobis licet ex pluribus legibus positis in eo titulo, ergo non sequitur, est posita sub titulo de verb. sign. ergo propria.

Quarto tamen & vltimo probatur validè hæc opi. contra cõem, quia habemus plures leges dicentes in infinitũ omnes descendentes contineri, de quibus j. & eas deducit Socin. in d. §. diui, num. 23. l. filiusfamilias, de legat. 1. quæ omnes intelligendæ sunt secundum propriam significationem, nam licet I. C. soleant etiam impropriè loqui, in tit. de verbo. sign. & alibi, in dubio tamen censentur propriè loqui.

eum à verborum proprietate in dubio non sit recedendũ, l.3.§.non aliter, de leg.3. Quib. stantibus,

37 Non obstat text. in d.l. Iurisconsultus, §.parentes, ff.de gradib. in quo fundatur communis opinio, nam text. ille à nostris non fuit intellectus: quia sensus illius legis est, quod parentes seu ascendentes vsque ad triauum habent non solum nomen commune & generale, sed etiam nomen speciale & proprium, vltrà verò non habent speciale nomen, sed tantum commune, videlicet, parentes, quod non est mirum: quia plura sunt negocia q̃ vocabula, l.1.ff.de præscript.verb. ita & descendentes communi nomine liberi appellantur, sed vsq; ad trinepotem nedum communi nomine, sed etiam proprio appellabuntur, quod apparet: quia si agimus de descendentibus, illi qui sunt in primo gradu, non solum liberi, & sic communi nomine, sed etiam filij appellãtur, & sic nomine proprio; Item de nepotibus, & de alijs vsq; ad trinepotem. Confirmatur iste intellectus ex §.hactenus, infra de gradibus, quo in loco Imperator cum enumerasset omnes gradus descendentium & ascendentium, vsque ad sextum, & vnumquemque proprio & speciali nomine denotasset, inquit facilius cognosci posse reliquos gradus, quàm eos propria cognationis appellatione denotare; quasi dixerit, quia non habent proprium nomen.

Confirmatur & secundò iste sensus ad d.§.parentes, ponderando illa verba ibi posita, qui non habent speciale nomen: nam quod proprium nomen supra appellauit, infra appellat speciale, & iste intellectus (licet Tobias hic nu.9. more solito sibi eum appropriet) est Fulgosij, in lege quique, §.parentes, ff.de In ius vocand. quem sequitur Piccnard.hic, pag.50. & ante eũ sequutus est Socin.iun.in d.l.filiusfamil.§.diui, nu.23.ff.de leg.1. retulit Syluest. Aldobr. in suis adnotat. ad §. ita demũ, infra, de hæred. quę ab intest. defer. quem ego verissimum esse semper sum opinatus.

38 Ex his itaque firmo opin. contra commun. quod appellatione liberorũ veniant omnes descẽdentes vsq; in infinitum, ęquè propriè, sicuti ęquè propriè vsque ad sextum gradum trinepotis.

Retenta tamen opin. communi, infero ego ad Statutum, faciens mentionem de liberis: nam sub tali statuto non continentur nisi omnes descendentes vsque ad trinepotem, cum verba in statutis propriè & strictè intelligantur, l.3.§.hæc verba, ff.de neg.gest. cum consocijs, quod secus est, si amplecteremur opin. contra communem: quia omnes venirent appellatione liberorum, sicuti appellatione parentum.

Secundo infero, quod si quis prædium conduxerat pro se & liberis suis, tunc secundum commun. opin. illi qui sunt vltra trinepotem non comprehenderentur, ita, quod deficiente trinepote, deficeret prædij conductio, secùs retinendo opin. contrariam.

39 Tertio infero, si lege municipali caueretur, quod pater, vel auus, vel quilibet ex ascendentibus, teneretur pro liberis soluere tassam, vel aliquid aliud, tunc sub tali dispositione non continentur descendentes vltra sextum gradum, prout in simili tradunt Scribentes in l.femine, C.de secund.nupt.

Quarto & vltimo infero ad Statutũ, quod quondam vigebat in Ciuitate Pistoriensi antequam esset subdita Serenissimo Magno Duci Hetruriæ, in quo disponebatur, quod priuilegia concessa viris illustribus, & qui Magnates dicebant, extẽdantur ad liberos eorum; tunc sub tali priuilegio non erunt compræhensi descendentes vltra trinepotem, cum secundum opin. commun. illi verè non dicantur propriè liberi, vt supra audiuistis, quod secùs est si retineremus opin. contra communem, quę, licèt in puncto iuris verissima sit, & disputando validissimè defendatur, tamen in consulendo & in iudicando ego non recederem ab opin. communi, propter authoritatẽ tantorum Patrum, qui illam vno ore verissimam & iustissimã appellant.

Et ex his sit explicata præsens hæc Rubrica.

REPERTORIVM AD PRINC. De exhæred. liber.

minatim exhæredandis; In secundo loquitur de filiabus, & de alijs descendentibus, per virilem sexũ, masculinis vel fœmininis. Secundum caput incipit ibi, sed non ita.

In compendium redigitur omissis summarijs Aret. & aliorum, filius in potestate constitutus pro validitate testamenti est hæres instituendus, vel exhæredandus, quod secùs est in filiab. & in alijs per virilem sexum descendentibus.

3 Facti species ita effingi potest. In prima parte Sempronius fecit testamentum, & in eo sibi hęredem extraneum instituit præterito filio quem in potestate & in primo gradu habebat, quærebatur, nunquid istud testamentum valeret? Et pro ratione dubitandi videbatur concludendum quod sic.

Primò, quia in re sua vnusquisq; est moderator & arbiter, l. in re mandata, C. mand. sed testatoris erant bona, de quibus disposuit, & in quibus hęredem extraneum instituit, suumq; non alterius erat patrimonium, ergo poterat de eo ad eius libitum disponere, etiam prętereundo filium in potestate.

4 Secundo dubium faciebat text. l. verbis legis, ff. de verb. sign. vbi habetur, quod de iure xij. tab. vnicuique concessa fuit facultas disponendi de reb. suis, nam vti quisque legasset rei suæ, ita ius esto, ergo apparet, testatorem posse instituere hæredem extraneum filio præterito.

Tertio augetur dubium, nam non solum de lege xij. tab. fuit concessa libera disponendi potestas, sed etiã de iure ffotum, imò & de iure Codicis, l. 1. C. de sacros. eccl. vbi nihil est quod magis hominib. debeatur quàm vt supremæ voluntatis liber sit stilus, ergo si tale testamentum non valeret, hæc omnia iura frustratoria redderentur, quod non est asserendũ.

5 Quarto deducitur hæc ratiocinatio posthumus quo ad ea quæ eius commodum respiciũt habetur pro iam nato, & ei æquiparatur, & è contra, l. qui in vtero, ff. de statu hom. §. fin. supra qui testam. tutor. dar. poss. sed si posthumus prætereatur, testamentum à principio valet, licèt eius natiuitate rumpatur, §. posthumi, infra eod. dixit gl. hic, in verbo, non constiterit, ergo idem dicendum erit in iam nato, & ita opponit Port. hic, in 1. opp. num. 4.

Quinto facit tex. de quo opponit Port. hic, in secunda sua opp. videlicèt, de §. emancipatos, infra eod. tit. nostro, vbi dicitur, esse necessariũ filios exhæredare inspecta iuris ciuilis dispositione, ergo.

6 Sexto & vltimo pro ratione dubitandi vrget regula quod eadem est vis taciti & expressi, de qua in l. cum quid, ff. si cert. pet. sed prętеritio est tacita exhæredatio, vt supra in Rubr. declarauimus, & per eam constat de tacita voluntate testantis, voluisse eum qui silentio inuoluit exhæredem facere, ergo ex his videtur tale testamentum valere, licèt filius non sit exhæredatus, sed præteritus.

Quibus tamen non obstantibus, contrarium respondit Iustinianus, videlicet, necessarium esse ad hoc vt testamentum valeat, vt filius hęres instituatur aut nominatim exhæredetur, non autem sufficere illum esse præteritum.

7 Ratio autem decidendi quæ sit, & quare fuerit exhęredatio introducta, ponitur infra in 1. notab. Item, vltrà ea quæ à nobis dicentur, dicatis, quod ratio decidendi esse potuit, quia hęreditas patris de iure naturæ est debita ipsis filijs, l. cum ratio, ff. de bon. dam. l. nam & si parẽtibus, ff. de inoff. testam. l. scripto, ff. vnde libe. & ideo filij etiam in vita patris quasi domini reputantur, ideo mortuo patre non dicitur acquiri hæreditas ipsis filijs, sed dicitur in illis dominium continuari, vt est text. in l. in suis, ff. de liber. & posth.

Secunda potuit esse ratio decidendi secundum Aret. in §. emãcipatos, infra eod. quod cum lex xij. tabul. adinuenerit vnum præcipuum in fauorem patriæ potestatis, vt vitæ necisque pater in filium potestatem habeat, vt in d. l. in suis, in fine, voluit etiam aliud contra dictam patriam potestatem in fauorem filiorum, cum secundum regulas iuris qui sentit incommodum, debeat sentire & cõmodum, l. cum qui, ff. de reg. iur. l. cum qui, ff. de iureiur. in princ. non enim sunt multiplicanda priuilegia, vt not. in l. singularia, ff. si certum peta. ideo induxit lex contra patriã potestatem, vt parentes qui filios in potestate habent, siue velint siue nolint debeant illos hæredes instituere, vel nominatim exhæredare.

Quibus pro decisione stantibus, non obstant in contrarium deducta, &

8 Primò, dum dicebatur quod vnusquisque in re sua est moderator & arbiter, l. in re mandata, C. mand. Nam resp. id verũ esse, & procedere, quando res esset absolutè sua, sed in terminis nostris res non est absolutè ipsius testatoris, quia saltem de iure naturę est debita ipsis filijs, adeo quod filij etiam viuo patre quodammodo bonorum paternorum domini reputentur, d. l. in suis, ff. de lib. & posth. ergo non obstat.

9 Secundo nõ obstat dum dicebatur quod vnicuique est data libera facultas hæredes instituendi, l. verbis legis, ff. de verb. sig. nam resp. vt supra, quia in casu nostro patrimonium non erat absolutè ipsius testatoris, ergo de illo non poterat liberè disponere, cum hæreditas sit debita filijs, d. l. nam & si parentibus, ff. de inoff. testam. l. scripto, ff. vnde liber. l. cum ratio, ff. de bon. damnat. text. autem in d. l. verbis, sibi locum vendicat in hæreditate relicta nullis extantibus suis hæredibus.

Tertio non obstat dum dicebatur, quod non solum à lege xij. tab. sed etiam de iure ffotum & Cod. erat concessa facultas disponendi de rebus suis, per l. 1. C. de sacros. eccles. vnde ne prædicta iura redderentur elusoria, dicendum est quod tale testamentum valeat. Respondetur, quod illa iura non videntur auferre hanc liberam disponendi facultatem, sed imò illã adiuuant; benè quidẽ verum est, quod prædicta iura coarctant modum disponendi, scilicet quod ille qui verè non est dominus, non possit ad libitum disponere, vndè, cum testator haberet filium in potestate, qui erat quasi dominus, non est mirum, si eo præterito testamentum non valeat.

10 Quarto nõ obstat dũ dicebatur: posthumus quo ad ea quæ eius commodum respiciũt habetur pro nato, at si posthumus prætereatur, testamentum ab initio valet, ergo. Respondetur posthumum haberi pro nato, verum est d. l. qui in vtero, sed hoc scilicet quod testamentum ab initio non valeat, nullum

commodum

commodum posthumi respicit, cũ ei sufficiat eius natiuitate rumpi, ergo.

Secundo respondetur, d. regulam non procedere vbi adest diuersa ratio; & vbi non adest habilitas terminorum, argum. l. Papinianus, ff. de minor. sed in posthumo non adest eadem ratio, quę est in iam nato, cum magis peccet pater, & actum facit contra pietatem exhæredãdo filium iam natum quàm nasciturum, cum ille adhuc animal non sit, l. 1. §. scripto, ff. de ventre inspic. Item, exhęredatio non potest fieri sine expressione causæ, vt supra in Rubrica, at in posthumo non potest esse causa ingratitudinis, ergo.

Quinto non obstat dum dicebatur ex §. emancipatos, infra eod. non esse necessarium, filios exhæredare: Nam respondetur text. illum non facere in contrarium, cum text. noster expressè loquatur in filio in potestate existente, contrarium verò est in emancipatis, in quibus diuersa militat ratio, nam cum non sint sui, non existimantur quodammodo domini, vt hi qui in potestate sunt, d. l. in suis.

11 Sexto & vltimò nõ obstat dum dicebatur quod eadem est vis taciti & expressi, sed præteritio est tacita exhæredatio, ergo filius præteritus videtur tacitè exhæredatus. Respondetur, quod regula de qua in l. cum quid, nõ habet locum in his quæ sunt de forma, vt per DD. in d. l. cum quid, si cert. pet. vbi Dec. nume. 43. Curt. iun. nume. 15. cum forma non possit per æquipollens adimpleri, vt per DD. in l. 1. in princ. vbi Ias. num. 4. ff. de verb. oblig. sed vt exhæredatio nominatim fiat, est de forma ipsius testamenti, l. inter cętera, ff. de liber. & posthu. ergo non potest per ęquipollens adimpleri. Firma ergo remanet decisio in hac prima parte, testamentũ in quo filius in potestate est pretitus non valere.

12 In secunda verò parte text. Casus sic per interrogationem, & responsionem effingi potest. Quæsitum fuit ab Imperatore, nunquid illud quod fuit dictum in filijs, procedat etiam in fœminis, scilicet in filiabus & in descendentibus ex filio, & videbatur dicendum quod sic, &

Primo, quo ad filias dubium facit text. in l. maximum vitium, C. de liber. pręter. vbi dicitur, quod inter masculos & fęminas nulla est differẽtia, imò naturæ accusatores existunt, qui talem inducunt differentiam, ergo filia sicuti filius debet exhæredari, aliàs præterita rumpet testamentum.

Secundo quo ad descendentes dubium facere videtur, quia filij subintrant in locum patris, §. ita demum, cum consoc. infra de hæred. quæ ab intest. defer. dicit Dec. cons. 553. num. 1. cum sequent. sed filius debet nominatim exhęredari, vt supra, ergo & nepos & alij descendentes.

13 Tertio & vltimo augetur difficultas, vbi enim militat eadem ratio, ibi & idem ius statui debet, l. illud, ff. ad leg. Aquil. glos. in l. iuris gentium, in princ. ff. de pact. at ratio quare filius pręteritus rumpit testamentum cõsideratur etiam in nepote, cum ipse sit suus hæres auo, l. Gallus, in prin. & §. sequenti, ff. de lib. & posth. §. posthumorum, vers. sed si filius, infra eod. tit. nostro, ergo.

Quibus minimè obstantibus, contrarium decisum fuit, & ratio decidendi in filia fuit, quia de iure antiquo de quo iure loquitur text. noster filiæ nõ vocabantur ad successionem patris, vnà cum filijs masculis, fauore familiæ & agnationis, vt in simili dicit text. in §. cęterorum, de legit. agnat. succes. sed extantibus masculis filiæ erant exclusæ, vt notatur in l. maximum vitium, & sic licèt hodie filiæ æquiparentur filijs, non tamen erat eo iure, de quo loquitur text. noster.

14 Quo ad descendentes, potuit esse decisionis ratio, quia nepotes & alij sunt in remotiori gradu, veritate inspecta quam sint filij, vt patet ex titulo de gradibus, ideo nõ mirum si tanta diligentia non adhibebatur in his exhæredandis vel instituendis. Secunda potuit esse ratio: quia illo iure nepotes, & alij descendentes licèt tenerẽt primum locum, non tamen dicebantur sui hæredes, sed illis postea iura suorum hæredũm lex Velleia concessit, vt est text. in l. Gallus, § videndum, ff. de liber. & posth. vbi si quis ex liberis suis suus hæres esse desierit, liberi eius & cæteri in locum suorum sui hæredes succederent, ergo cum non essent sui hæredes, meritò non debebant hæredes institui, aut nominatim exhæredari, quemadmodum filij qui sui hæredes dicebantur.

15 Tertia potuit esse ratio, quia ipsis nepotib. ascendentium hæreditas non erat iure naturæ debita, vt in dicta l. nam & si parentibus, de inofficioso testamen. cum deductis superius, quæ omnia iura loquuntur de filijs, filiorum autem appellatione non veniunt nepotes, §. fina. supra qui test. tut. dar. possunt, ergo.

Non obstant modo in contrarium deducta, et

Primo, dum dicebatur, quod inter masculos & fœminas nulla est differentia, l. maximum vitium, C. de liber. pręter. Nam respondetur, quod dispositio illius legis procedit de iure hodierno, tex. autem noster de iure antiquo.

Secundo nõ obstat, dum dicebatur nepotes subintrant in locum patris sui, ergo. Respõdetur, quod filius succedit in locum patris sui, quo ad successionem aui paterni, secus, quo ad alia, vt per Dec. in d. cons. de quo supra.

Tertio & vltimo non obstat quod nepos dicatur suus hæres, sicuti filius, tamen non est eadem ratio in filio & in nepote cum ei hæreditas non sit debita sicuti filio, vt diximus in rationibus decidendi vnde aliter non repeto.

Item est suus hæres nepos, postquam fuit introducta lex Velleia, sed de iure antiquo non erat, vt supra diximus.

Absoluta casus figuratione in vtroque Capite text. lego nunc literas illius.

16 Non tamen vt omnino valeat testamentum sufficit hæc obseruatio quam supra exposuimus, scilicet in titulo de testamentis ordinand. vbi fit mentio de solemnitatibus quæ requiruntur ad hoc, vt testamentum valeat, & illæ solemnitates de quibus dictum fuit ibi, non sufficiunt: quia vltrà eas aliud requiritur, vt diximus in primo notab. quod scilicet filius in potestate constitutus hæres instituatur aut nominatim exhæredetur. Quid autem importet verbum, nominatim, dicitur in §. proximo, vt si quis hoc modo exhæredet Titius filius meus exhę-

res

res esto, & ita faciendo mentionem de proprio nomine; vel filius exheres esto, non exprimendo proprium nomen, si non adest nisi vnus filius.

Item aduertendum est, circa secundam partem, ibi, sed non ita, quod ab vna parte ponitur filius, ab alia verò parte ponitur filia cum descendentib. masculis & fœminis, & inter ipsos ponuntur hic duæ differentiæ: Prima tangitur ibi, sed non ita, & est, quando filius si non instituatur vel nominatim exhæredetur, testamentum patris est nullū, sed hoc non est de filia dicendum & de prædictis descendentibus, sed datur eis iure accrescendi certa portio, quæ est medietas quam ab intestato essent habituri, vt in glo. & hoc modo procedat; Sed an hodie correctum sit dicemus in notabilibus. Secunda est differentia, quod filius non. potest exhæredari nisi nominatim, sed filia cum prædictis potest exhæredari inter cæteros, idest non nominatim.

17 Aducedum tamen est dum in text. est, q dabatur ius accrescendi vsq; ad certam portionē. Quod ius accrescendi in tex. nostro non accipitur, prout aliàs accipi solet in tit. Cod. quand. non petent. part. petent. accresc. ius enim accrescendi de quo ibi, est, vt dicebat Curt. in Rubr. illius tituli, quando parte vnius cohæredis repudiata, alteri accrescit, si enim alicui delata sit hæreditas, vel bonorum possessio, & ab ea exclusus sit repudiatione expressa vel tacita, puta, quod expressè repudiauerit, vel quia per lapsum temporis exclusus sit, tunc portio sibi relicta accrescit cohęredi suo, qui portionem suam nō repudiauit, & istud intelligi debet, si non fuerit à testatore facta substitutio, puta, quia dixerit, instituo Titium & Sempronium, & si Titius hęres nō erit, substituo Caium, tunc enim substitutus præfertur Sempronio cohæredi, si Titius noluerit vel non potuerit partem suam adire, & ita non habet locum in eo casu ius accrescendi, sed substituto, vt dixit Bart. in l. re coniuncti, num. 33. & Ias. num. 154. ff. de leg. 3. iure ergo accrescendi est, quando portio vnius cohæredis repudiata, alteri accrescit; sed in tex. nostro non accrescit portio & res ipsæ, sed accrescunt personæ; filia enim fœmina & cæteri descendantes, accrescunt ipsis institutis circa portiones hæreditatias adipiscendas, vt declarat Viglius hic, num. 6.

Offerunt sese nobis ex hoc text. plura notatu digna, vnde, recto tramite procedentes,

18 Primo notatur, testamentum in quo filius in potestate retentus præteritus est, inutile & innalidum est; ita notat Plat. in primo notab. Aretin. in primo, Porr. in secundo & tertio, Tobias in primo, Picenard. in tertio, concordat tex. in l. inter cętera, ff. de liber. & posth. l. Gallus, §. in omnibus, ff. de liber. & posth. l. 1. C. de lib. & posth. l. si quis cum, §. si. ff. de vulg. & pupill. l. filius qui in potestate, ff. de lib. & posth. dixit Cuman. in d. l. filius qui in potestate, num. 1. Iul. Clar. in tract. de testam. quæst. 42. Petrus Stella, in l. si duobus, §. si prius, nu. 2. ff. de bonorum pos. contra tab.

Sed difficultas est in inuestiganda huius rei ratione, quare scilicet filio præterito testamentum sit nullum. Vnde Bart. in d. l. in suis, ff. de lib. & posth. hanc tradebat rationem: quia duo eiusdem rei domini in solidum esse non possunt, l. si vt cætera, §. si duobus vehiculum, ff. comnod. l. 5. §. ex contrario, ff. de acquir. poss. sed si filius non esset hæres instituendus, nec nominatim exhęredandus, quoties institueretur extraneus, duo in solidum darentur domini rerum ac bonorum illius defuncti, videlicet, institutus hæres à patre, qui dicitur dominus, §. fin. de hær. qual. & differ. vers. pro hærede, vbi pro hærede gerere, est pro domino gerere, veteres enim hæredes pro dominis appellabant: esset & alius dominus, nempe filius præteritus, cum in eo mortuo patre dicatur continuari dominium rerum paternarum, qui viuo adhuc patre dominus quodammodo existimabatur, d. l. in suis, ne igitur sequatur istud impossibile, idcirco optima ratione introductum fuit, vt filius debeat hæres institui à patre, aut nominatim exhæredari, aliàs præteritus ipso iure reddit testamentū nullum; quam rationem sequuntur Imola & Ias. in l. in suis, de lib. & posth. et Port. in §. emancipatos, infra eod. & Tobias hic, num. 1. in fine.

19 Hanc tamen doctrinam tum hic, tum in d. l. in suis, communiter reprobant Doct. & in terminis Bald. in d. l. in suis, & ibi Ang. & Alex. vt animaduertit ibi Ias. num. 34. & Port. etiam hic illam reprobat, prout de communi testatur Bellon. & Tobias hic, num. 1.

Et in primis monentur; nam attenta hac ratione, sequeretur, quod si pater instituerer filium in legitima, & alium extraneum in reliquis bonis, testamentum non valeret, si in alijs non esset eodem modo exhæredatus, cum non solū legitimæ, sed etiam omnium bonorum paternorum filij domini existimentur, d. l. in suis, sed consequens est falsum, quia dummodo pater instituat filium in legitima, potest in residuo extraneum instituere, & valet huiusmodi institutio, text. est in l. Papinianus, §. quoniam autem quarta, ff. de inoff. testam. vbi filia cui quarta pars à patre relicta fuit, quæ quarta pars olim erat legitima, non potest deinde querelare testamentum patris tanquam inofficiosum, ad idem est tex. infra, de inoff. testam. §. tam autem, ergo ratio Bart. falsa redditur.

Tobias autē defendendo rationem prædictam, primo loco ex Imola in d. l. in suis, respondet illud ideo procedere, & in eo casu valere testamentum, quia lex processit vlterius, & disposuit valere, quāuis ab omnibus bonis expressè non esset exhęredatus filius, quia in isto casu filius non est passus notam pręteritionis. Sed hęc responsio non est admittenda, sibi enim illa locum vendicaret, si filius deberet à patre exhęredari, ne præteritionis nota afficeretur, tunc enim cessante ratione prædicta, cessaret quoque dispositio, sed hoc est falsum, cum ob hoc filius non exheredetur ideo dicendum est, ea attenta, testamentum esse nullum, quemadmodum est si filius non esset exhæredatus, neque institutus aliqua in parte, arguendo de toto ad partem, l. quæ de toto, ff. de reg. iur. sed non est nullum, ergo ratio non est bona, tanquam non concludens.

20 Secundo tamen respondet Tobias, ideo valere testamentum in prædicto casu, quia cum sit filius institu-

institutus in parte, extraneus in alia parte, tunc censetur filius in alia parte exhæredatus, cum inclusio vnius sit alterius exclusio, l.cum Prætor, ff.de iudic.

Sed nec etiam responsio hæc per nos admittitur: nam si esset vera, sequeretur, posse patrem filium suum tacitè exhæredare, & valeret, ita, quod testamentum non esset nulllum, si alius hæres institotus esset: sed hoc est falsum, §.nominatim, infra eod.d. l.inter cætera, ff.de lib.& posth.ergo corruit responsio illius.

Secundo contra Bart.rationem facit: nam ea attenta, sequeretor, quod si testaror institueret sibi hęredem extraneum, vnà cum filio, & postea faceret plures alios gradus substitutionis, à quibus gradib. filium pręteriret, tale testamentum non valeret, nec teneret, nisi ab ea parte in qua esset cohæres extraneus institotus vnà cum filio, quod tamen est falsum, contra l.si posthumus, §.quod volgo, ff.de lib. & posth. vbi, quod vulgo dicitur, eum gradum à quo filius pręteritus sit, nō valere, non vsquequaq; verum est; nam si à primo gradu hæres institutus sit filius, non debere eum à substitotis exhæredari: Ecce, quod si filius sit institutus in primo gradu, licèt ab alijs gradibus non fuerit iostitutus, vel exhęredatus, sed præteritus, nihilominus testamentum non est nullom, & tamen attenta ratione Bart. de continuatione dominij, dicendom esset, quod ab illis gradibus deberet testamentum esse nullum, à quibus foit præteritus, cum in rerum paternarum dominium continuetur.

Sed hoc fundamentum non tenet: oam respondetur, quod ibi testator satisfecit ipsi legi iubenti quod filius aut instituatur, aut exhæredetur, vndè, cessante defectu legis, ooo est mirum si testamentum valeat.

Tertio tamen deducitur contra hanc Bart.rationem: oam si vera esset, sequeretor, quod defuncto filio præterito, viuo adhuc patre, testamentom valeret, cum per mortem filij cesset illa continuatio, §.deinceps, in Auth.de nup.at hoc est falsum, ergo.

Respondetur, quod ad hoc vt testamentum valeat, hæres debet esse capax tribus temporibus, §.in extraneis, iosra, de hæred.qual.& diff.l.si alienum, § in extraoeis, ff.de hæred.instit.ar iste hæres tempore conditi testamenti erat inhabilis, quia filius fuit præteritos, ergo non desinit testm̄ esse nullom.

Quarto & vltimo ego insurgo cōtra Bart.rationem, per text.nostrum, io vers.sed non ita, vbi dicitur, quod filiæ & alij descendentes in potestate constituti, non sunt necessariò exhæredandi, & tamen in filiabus ipsis, & in alijs descendentibus si sunt proximi, vendicat sibi locū talis dominij cōtinuatio, d.l.in suis, in sui generalitate, & infra in §.sui, de hęred.qual.& differentia.

Respondetur vt supra, quod licèt filiæ non exhęredentur, in illis tamen consideratur continuatio dominij, cum lex illis de alio prouiderit, quod eis daretur ius accrescēdi. Confirmatur ex d.l.in suis, quæ loquitur in filijs tantum, non autē in filiabos. Videtis ergo, quod ab his tribus vltimis opp.saluari potest ratio Bart, tamen ex prima validè conuellitur ipsa ratiocinatio Bartoli.

21 Vndè, hac Bart.ratione improbata, DD.communiter afferunt hanc rationem, videlicèt, ideo testamentum in quo filius est præteritos non valere, quia lex pro forma & pro solemnitate testamenti introduxit, quod pater debeat filium instituere vel nominatim eum exhæredare, aliàs forma non seruata, testamentum sit ipso iure nullum, l.inter cætera, ff.de liber.& posth.et in princ.tit.nostri.

Sed nec etiam prædicta ratio communis videtur fundamētalis, vt animadoertit etiam Iasin d.l. in suis, & Port.hic, quia statim quærēdum erit, quare lex pro forma introduxit? idcirco dicebat Port. quod ratio quare lex pro forma introduxit potest esse illa, quam afferebat Bart.

Ego tamen existimo defendi posse ab hac subtilitate d.rationem, & dico, quod illorum quæ sunt de forma vel de substantia & essentia actus, non potest ita facile particularis, & specialis ratio reddi: si enim me interrogares, quare in stipulatione requiritur pro forma, vt præcedat interrogatio, & statim sequatur responsio, respōderem ego, soluat Apollo, vt in simili fecisse Fulg. refert Dec.in Rubr.ff.si cer. pet. esset enim quodammodo ridiculum, quærere, quare homo sit animal rationale mortale, cum huiusce rei & similium alia ratio cōcludens reddi non possit, nisi vel quod in primo quæsito ita placuit legumlatoribus, in secundo verò quia à natura ipsa ita fuit comparatom: sic in proposito est dicēdum, ideo esse de forma filij exhęredationem ipsius in testamento, quia lex ita statuit, vndè, male videtur sentire Port. dum impugnat prædictam rationem communem; sed quoniam ista inuestigatio nullius ferè momenti est, ideò aliter non insisto.

Sit ergo notandum, quod filius in potestate debet aut omnino hæres institui, aut nominatim exhæredari, aliàs testamentum vitiatur eo pręterito, ratio est, qoia hoc fuit inductum à lege pro forma & solemnitate testamenti.

22 Quod ootabile ampliatur primò, vt non solum procedat inspecta dispositione iuris ciuilis, sed etiā iuris Prętorij, de quo iure testamentum est nullum; ita limitauit glos.in l.1.ff.si tab.test.null.extab.quā sequuntur Bart.& alij, in l.2. C.de bon. poss. secundum tab.& est opinio communis, de qua testatos est Decius in d.l.2.& sequuntur Aret. & alij posteriores hic, & de hac infra agemos.

Secundo ampliatur vt procedat, etiā si filius pręteritus viuo adhuc patre decesserit, vt in tex.nostro expressè dicitur, & probat text.in d.l.si filius eius qui in potestate, ff.de liber.& posth.& in l.Gallus, §.in omnibus, in vers.nam etsi filius, eiusdem sit, l.si quis eū, §.fin.ff.de vulg.& popill.dixit Cuman. in d.l.si filius qui in potestate, nu.4.

Tertio & vltimo ampliatur, vt tale testamētum adeò sit nullū, ita, vt non sit opus filium dicere nollum, vt communiter tenent DD.in l.posthumo, C. de bon.poss.contra tab.& videbimus de hoc super glos.in verbo, præterijt.

Limitatur modo prædictum notab. multis modis, vt est videre per Ias.in l.si filios eius, ff.de liber. & posth. Ego verò referam tres tantum casus.

23 Primò ergo limitatur procedere in testamento pagani, secùs autem in testamento militari, in quo filij præteritio non annullat testamentum, sed habetur

beatur pro exhæredatione, text. est in l. sicut, & in l. si cum vel in vtero, C. de testam. mil. dicitur in l. sicut, quod si miles sciat se filium habere, & alios scripsit hæredes præterito filio, censetur eum exhæredare. Similiter in l. si cum vel in vtero, dicitur, quod si pater miles falso rumore prolato putauit filiam rebus humanis exêptam, adeo, quod nullam fecerit mentionem de ea in testamento, huiusmodi silentium non habetur pro exhæredatione, ergo à contrario sensu, si non putasset filiam decessisse, sed viuere, huiusmodi silentiú haberetur pro exhæredatione, hoc etiam probatur in fine illius legis, & clarius ĩ. cod. tit. nostro, §. penult.

Secundo limitatur non procedere, quando filius in potestate constitutus consentiret se præteriti in testamento paterno, tunc enim tale testamentú validum est; ita Alex. & Dec. in l. 2. C. de bon. poss. cótra tab. Ang. in l. qui se patris, C. vnde libe. & eam tenet Picenard. hic, pag. 67. & est communis limitatio: de communi testantur Moder. Bonon. in d. l. posthumo, nu. 42. quam etiã tenent Rom. & Alex. in d. l. posthumo, Ruminald. nu. 3. Alciat. lib. 5. Paradoxorum, c. 5. dixit glos. ante omnes, in l. si quando, in verbo, generaliter, de inoff. testam.

24 Pro qua duo sunt quæ vrgere videntur. Primo tex. in l. non putauit, §. si quis sua manu, ff. de bono. poss. cótra tab. vbi dicitur, si quis sua manu exhæredem scripserit, nocet sibi huiusmodi exhæredatio, ergo eodé modo dicebant præfati DD. si consenserit filius præteritioni, nocebit sibi huiusmodi consensus, adeò, vt testamentum non dicatur nullum; & sic volunt, quod ille text. loquens in consentiente se à patre exhæredati, habeat locum etiam in eo qui consentit se præteriri, cum præteritionis & exhæredationis eadem sit ratio.

Ego verò qui sequor opin. contrariã, respondeo ex Ias. in d. l. 2. quod illa exhæredatio scripta ab ipso filio, illi nocet quoad hoc, vt non cõpetat sibi bonorũ poss. contra tab. quæ exhæredatis non datur, d. l. nõ putauit, in princ. non autẽ debet intelligi quod noceat, adeo, quod sibi nõ cõpetat querela inofficiosi, quia licèt manu sua se exhæredẽ scripserit, nihilominus datur sibi querela inofficiosi testaméti, cum enim in d. §. non quæsis, dictũ fuisset, quod non omnis exhæredatio summoueat filiũ à contratabulas, sed illa tantũ; quæ ritè facta est, videbatur, quod si quis sua manu se exhæredem scripserit, sibi tamen deberet cõpetere bonorum poss. contra tabulas. Et ratio dubitandi erat: quia exhæredatio illa videbatur nõ ritè facta propter S.C. Libonianum, prohibens filiũ propria manu sibi ascribere: Iurisconsul. tamen determinat ibi contrarium, quia contra se ascripsit, vndè, non competit sibi contratab.: & ideo quoad hoc tantum nocet exhæredatio, s. respectu contratabulandi, non autem respectu querelandi testamenti.

Nec obst. quod dicebat Dec. in d. l. posthumo, C. de cótra tab: quod tex. ibi generaliter loquitur, & absolutè dicit exhæredationẽ nocere, & sic non solũ quo ad hoc vt sibi scribenti non detur bonorũ poss. contra tab. sed etiam quo ad hoc vt non detur querela.

Nam respondetur, quod licèt text. ibi dicat, nocere exhæredationem filio, tamen intelligi debet, vt statim diximus, non autem negat text. ille filio omnia quæ exhæredatis dantur, & quod hoc sit verũ, patet ex ratione quam ibi adducit I.C. quæ solũ concludit, quod exhæredatio illa non habeatur pro non scripta.

Vlteriùs potest responderi, quod ille tex. loquens in filio qui à principio tacitè consensit se exhæredati, non potest verificari in consentiente se præteriri: ratio diuersitatis est, quia quando consentit se exhæredati, seruata est forma instituendi, vel exhæredandi, de qua in d. l. inter cætera, secùs autẽ quando consentit se præteriri, quia tunc actus ille testandi caret sua forma.

25. Secundo tamen pro hac limitatione cõi obstare videtur, quia cessãte ratione legis, cessat & ipsa lex, l. adigere, §. quãuis, ff. de iu. patr. sed ratio propter quam præteritione filij testamentũ est nullũ, cessat quando filius consentit se præteriri, ergo debet etiã cessare legis dispositio. Minor probatur: quia ex eo testam̃ est nullum in quo filius est præteritus iniuria præteritionis, §. hæc autẽ disposuimus, in Auth. vt cum de appell. cognosc. at cum filius consentit se præteriri, nulla sibi fit iniuria, cũ iniuria volenti non fiat, vt est tex. in l. 1. §. vsqueadeo, ff. de iniur. vbi expressè dicitur hoc, & in l. non solũ, §. iniuriarum, eo. tit. vbi habetur, quod quis potest iniuriã remittere, ergo.

Respondetur ex Tob. quod licèt cesset ratio ista, tamen quia pro forma à lege est introductum debere filiũ institui, vel exhæredari, ideo non debet cessare effectus illius, arg. l. si fundus, ff. de reb. eor. vbi tutor non potest alienare fundum pupilli; ratio est, propter vtilitaté publicam, quæ tamen ratio cessat quando vellet rem inutilem & infructuosam alienare, & nihilominus hæc etiam per tutorem fieri prohiberentur, d. l. si fundus, non propter aliud, nisi, quia illud fuit à lege pro forma inductum.

Secundo respõdetur, quod ratio quare testam̃ in quo filius qui in potestate est præteritus dicitur nullum, non est ex sola iniuria, quæ filio ex sola præteritione fit, sed etiam in odium patris prætereũtis filium, vt est text. in l. fin. C. de posthu. hæred. instit. in fine, ibi, ne pœnam patiatur qui suos filios non præterijt, considerat ergo text. ille, quod nullitas testamenti quæ procedit ex præteritione filij in potestate, inducta sit etiam in odium patris filium prætereuntis.

26 Contrariam ergo opin. tenuit Ias. in l. posthumo, C. de bon. poss. cótra tab. & nonnulli alij. Eandem sequuti sunt Ferrar. in l. posthumo, nu. 75. & Mod. Bonon. ibi, nũ. 42. & eã tenuit Tob. hic, nu. 2. in fi. quã veriorem esse sentio, hac s. ratione: quia forma testamenti pactis priuatorum tolli non potest, l. 3. ff. de testa. nemo. n. potest facere quod actus valeat non seruata forma, l. nemo potest, de legat. 1. & ibi DD. l. ius publicum, ff. de pact. dixit Bar. in l. de his, ff. de transac. sed forma testamenti est, vt filius omninò nominatim exhæredetur, vel hæres instituatur, aliàs eo præterito testamentũ sit nullum, d. l. inter cætera, & hic in princ. ergo filius consentiendo se præteriri, non poterit tali formæ derogare.

Nec obstat si dicatur, quod istud verũ sit, nisi forma introducta esset in fauorem alicuius, vt est in casu nostro, vbi videtur in fauorem filij introducta huiusmodi forma, propter eius iniuriam in præteritione, quo casu videtur quod possit dictæ formæ renunciari, argum. l. pen. C. de pact.

R Respon-

Respondetur per Ias. in d. loco, primo negando quod istud inductum sit in merum fauorem filij, ut scilicèt eo præterito testamentum nullum sit; quia imò, etiam in odium patris non seruantis formam traditam per legem inductum fuit, vndè, non potest filius dictæ formæ renunciare,

27 Secundo respõdetur, quod etiam quando actus introductus est in fauorem alicuius, tamen si lex illum introduxit pro forma, certè per cõsensum partium non potest illi renunciare, glos. est not. in l. à Diuo Pio, ff. de ritu nupt. quã notat Bald. in l. non dubium, C. de legib. et in l. iubemus, la 2. post prin. C. de sacros. eccles. vndè, dato quod forma instituendi vel exhæredandi fuisset introducta in fauorem filij, adhuc tamen dicendum esset, quod filius non posset illi formæ renunciare, vndè, quantumcunq; filius consentiat præteritioni de se factę in testamento patris, nihilominus testamentum eo præterito erit nullum, & ita patet, quod secunda limitatio non est vera, per supradicta. Posset tamen verificari hæc limitatio ex quadam ęquitate, & sic de iure Prætorio, non autem de iure Ciuili, vt animaduertit Imola, in l. filio præterito, nu. 85. ff. de iniusto, rupto, & irrito testamento,

28 Tertio et vltimo limitatur istud Notabile, quod habet, testamentũ in quo filius in potestate est pręteritus, nullum esse, non procedere, quando à patre in testamento apposita esset Clausula codicillaris, videlicèt, si non valet iure testamenti, valeat iure codicillorum, quæ Clausula codicillaris communiter apponi solet per notarios in testamentis, cuius effectus est, quod filius præteritus intelligatur grauatus per fideicommissum vniuersale restituere hęreditatem scriptis hæredibus, detracta sibi quarta Trebellianica, vt notat Bartol. in Auth. Ex causa, C. de lib. præte. ubi Ias. num. 22. & num. 23. qui dicit ibi glos. contrarium tenentem communiter reprobatam esse, Bart. in l. 1. in 5. q. ff. de iur. codicill. & Ias. in l. si filius eius qui in potestate, ff. de lib. & posth. pro qua facit text. in l. generaliter, §. ex testamento, ff. de fideicomm. liber. vbi patet, quod licèt olim Clausula codicillaris nihil operaretur quando rumpebatur testamẽtum per querelã, vt l. Titia, ff. de inoffic. test. & l. patronus, §. fi. de leg. 3. tamen secùs est quando rũpebatur ex causa præteritionis, scilicet prout etiam animaduertit Imola, in l. filio præterito, num. 78. ff. de iniusto, rup. & irrito testa. & est magis cõmunis opinio, vt testatur Bald. in cons. 391. nu. 4. lib. 3. videtote de hac latè discutientem Iul. Clarum, in tract. de testam. in quæst. 46. & Cur. iun. in cons. 148. nu. 10. & in Auth. ex causa, nu. 69. de liber. pręter. & Soc. iun. cons. 107. num. 24. lib. 1.

Erit igitur vtilissima Clausula istã codicillaris in materia pręteritionis, quæ quidem Clausula, cum soleat per Notarios apponi in testamentis, nunquam voluntas testator ex præteritione filij in potestate erit nullã, imò semper effectum habebit, ex quo virtute dictæ Clausulæ censetur ipse filius præteritus grauatus per fideicomm. de restituẽdo.

Vnum tamen non omitto, prout etiam animaduertit Tobias hic, quod hæc nõ est propriè limitatio, nam quando apponitur Clausula codicillaris, testamentum per eam non valet in vim testamenti, sed in vim codicillorum; & ideo legata & alia disposita in testamento, debentur à venientibus ab intestato, vt tradit Bart. in l. 1. ff. de codicill. Sunt vt supra diximus, plures & alij casus in quibus hęc nostra Conclusio non procedit, quos prosequitur Ias. in d. l. si filius eius qui in potestate, ff. de liber. & posth. ad quam vos reijcio;

29 Secundo noto ex text. ibi, adeo quidem, vt si viuo patre filius mortuus sit, quod filio in potestate pręterito, & viuo adhuc patre decedente, testamentum non reconualescit, sed inutile & inualidum; concordat tex. in d. l. si filius eius qui in potestate, de liber. & posthum. & in l. Gallus, §. in omnibus, vers. num, & filius, & §. & bene.

Ratio huius notab. secundum Port. est, ea quam ponit Imperator in text. nostro, quia ab initio nõ constiterit testamentum, & eadem ponitur in l. si quis eum, §. fin. ff. de vulg. subst. quia testamẽtum quod ab initio fuit nullum ex defectu formæ tractu temporis conualescere non potest, l. quæ ab initio, ff. de reg. iur. sed testamentum hoc ab initio fuit nullum, propter præteritionem filij in potestate existentis, ergo tractu temporis non conualescit, licèt viuo patre filius decedat;

Sed contra hoc notab. oppono cessante causa cessat effectus, l. adigere, §. quamuis, ff. de iure patron. cap. cum cessante, ext. de appellat. Tiraquell. in tract. de causa cessante, in prima par. sed causa nullitatis testamenti est filius preteritus, ergo eo mortuo, & sic cessante causa, cessare debet effectus, videlicèt, testamenti nullitas,

30 Respondetur, quod quemadmodum diximus superius, licèt cesset fauor ipsius filij, non tamen adhuc cessat eius effectus, cũ pro forma à lege inductum sit, debere filium in potestate hæredem instituti, vel nominatim exhæredari, argum. d. l. si fundus, ff. de reb. eor. vnde Regula illa, cessante causa, non procedit, qũ causa requiritur certo aliquo tẽpore; nã si eo tempore fuit, licèt postea cesset, non tñ cessat effectus; ita limitat Tiraq. d. tract. de causa cess. in 4. limit. facit pro ea l. si qs herede, C. de inst. et subst.

Secundo respondetur negando quod testũ fauore filij præteriti tñ, nullũ reddatur, quia hoc etiam inductũ fuit in pęnã & odiũ patris prætereuntis filiũ in potestate, d. l. fi. C. de posth. here. insti. vnde licèt cesset fauor filij, nõ tñ cessat effectus nullitatis testamenti, cũ adhuc vigeat illa ratio quare sit nullũ, videlicèt, odium ipsius patris, arg. tex. in §. affinitatis, supra, de nupt. vbi aliquis prohibetur ducere in vxorem nurum suam, duabus ex causis, quia est loco filię, cũ sit nupta filio suo, & quia adhuc nupta est, vndè licèt cesset vna ratio, nõ tamen cessat prohibitio illa, quia semper prohibetur eam in vxorem ducere; & ita dicendum est in casu nostro.

Secundo oppono de l. posthumus, in princ. ff. de iniusto rupto. vbi dicitur, posthumus præteritus viuo testatore natus decessit, licèt iuris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, valet tamen de iure Prætorio, ergo & mortuo filio præterito viuo testatore reconualescit.

Respon. quod tex. ille loquitur in posthumo, cuius pręteritio non annullat testamentum ab initio,

sed

ſed rumpit cum naſcitur, l.2.§.ex his, ff.de iniuſto, rupto, & ĩ.eod.tit.noſtro, §.poſthumi facilius, ergo remoto obſtaculo preteriti, cum ab initio tenuerit, priſtinum robur aſſumit, quàm præterito iam nato, cum fuerit nullum ab initio, arg. ff. de pact. l.ſi vnus, §.pactus, verſ.quod in ſpecie, l.ſi teſtamentũ, ff.de teſtam.& l.qui liberis, §.teſtamento, ff.de bonorum poſſ.ſecundũ tab. & tandem hęc eſt ſolutio communis, de qua teſtatur Cuman. in d. l. ſi filius eius qui in poteſtate, num.3a.ff.de lib.& poſth.

31 Limitatur tamen hoc notabile non habere locũ in teſtamento, in quo preterito filio & in vita patris decedente, erant ſcripti heredes veniẽtes ab inteſtato, ita limitauit gloſ. in d.l.poſthumus, in verbo, data, & Bart.ibi, Imola in l.filio preterito, nume.83.ff.de iniuſto, rup. Cuman.in d.l.ſi filius qui in poteſtate, num.21. pro qua deducitur ſingularis text. in dicta l.poſthumus, verſic.idem & circa, ff. de iniuſto, rupto. vbi dicitur, idem & circa iniuſtum & irritum teſtamentum erit dicendum, quod ſi bonorum poſſeſſio data fuerit ei qui rem ab inteſtato auferre poſſit, valebit teſtamentum, licèt iuris ſcrupoloſitate, nimiaque ſubtilitate non valeret. hæc autem limitatio procedit de iure Prætorio, non autem de iure ciuili, ſicuti dixit Cuman. in dicta l.ſi filius, num.21. & de hac latius ſuo loco, infra dicemus, dum agemus de intellectu dictę l.poſthumus.

32 Tertio noto ex ſecunda parte tex. ꝙ de iure antiquo filiarum vel nepotum preteritio irritum teſtamentũ non reddebat, ſed illis ad certam portionem dabatur ius accreſcendi, vt hic expreſsè dicitur, ſed dubiũ eſt quęnam eſſet portio iſta quę filiabus accreſcit, gloſ. dicit, quod erat dimidium eius quod ab inteſtato habituri fuiſſent, vt ſi eſſet vnica filia, eſſet ſemis totius hereditatis, vt videtur probari in l.maximum vitium, circa medium, C.de lib. preter. vbi expreſsè dicitur, quod ſi filia præterita accipiebat ſemiſſem ſubſtantiæ per ius accreſcendi, & gloſ. ibi dicit, quod accipiebat ſemiſſem eius quod ab inteſtato habitura erat.

Viglius tamen hic dicebat, ꝙ quando non erant inſtituti extranei, tunc filia preterita cõſequebatur dimidium totius hereditatis, ſed quando erant inſtituti ſui fratres, conſequebatur id ſolum quod fuiſſet habitura ab inteſtato, & ita ſuccedebat vnà cum ſuis fratribus; & licèt olim ita obſeruaretur, hodie tamen & etiam filię fœminę preteritę reddunt teſtamentum nullum, ſicuti nullum reddebant filij preteriti, & eſt tex.de hoc in d.l.maximum vitium, §.ſancimus, C.de lib.preter.& in §.ſed hęc quidem vetuſtas, ĩ.eod.tit.noſtro, & dicemus de hoc in glo, in verbo, ad certam portionem.

33 Quarto & vltimo noto ex hoc tex. quod olim filię nepotes & cęteri per virilem ſexum deſcendentes erant antiquitus deterioris cõditionis, quàm filij primi gradus, nam & ipſi ſi non exheredabantur, valebat nihilominus teſtamentum & ſi exheredabantur, non erat neceſſe eos nominatim exheredari, ſed inter cęteros, adeò, quod mediante iſta exheredatione eis non competebat ius accreſcendi, quod tantum competebat quando erant preteriti, quod tamen etiã hodie correctum eſt, vt in d.l.maximum vitiũ, & d.§.ſed hęc quidem vetuſtas, ĩ.eo.

Expeditis textualib. venio nunc ad apparatum gloſſatũ, & primo loco capio gl.in verbo, poteſtate, (omiſſis tribus primis quæ nihil habẽt, & ſi quid bonis in illis erat, fuit expeditum in Rubr.) quę quidem licèt ſit breuis, diuidi tamen poteſt in duas partes; In prima ponit quid iuris ſit de emancipato filio de iure ciuili; In ſecunda, quæ eſt ibi, ſed idem, ponit quid iuris eſſet de iure Pretorio.

Pro expeditione primæ partis dicitur in tex. noſtro, ꝙ filius in poteſtate debet inſtitui vel exhæredari à patre, quærit vnà cum Accurſ. quid iuris ſit de filio emancipato, vtrum etiã ipſe deberet hæres inſtitui à patre, vel nominatim exheredari, vel poſſit ſilentio preteriri Reſpondet gl.quod filius emãcipatus ſecundum ius ciuile non debet heres inſtitui aut nominatim exhæredari, quemadmodum filius in poteſtate conſtitutus.

Pro abſolutione ſecundæ partis quæro vnà cum glo.cum dictum ſit in prima parte, non debuiſſe filium emancipatum ſecundum ius ciuile hæredem inſtitui, aut nominatim exheredari, quid iuris ſit de iure Pretorio, debẽt ne iure illo heredes inſtitui, aut nominatim exheredari, vel potius ſicuti de iure ciuili poterat ſilentio inuolui, ita etiam de iure Prætorio; & reſpondet gloſ.quod idem eſt de emancipato filio de iure Pretorio, quod erat de filio in poteſtate de iure ciuili, quia ſicuti debebat filius in poteſtate hæres inſtitui, aut nominatim exheredari, ita etiam debet emancipatos filius de iure Prætorio, allegat ad hoc probandum tex.in §.emancipatos, ĩ.eod.tit.noſtro, ibi, ſed Pretor omnes tam fœminini ſexus, quàm maſculini, ſi heredes non inſtituantur, exhæredari iubet, & loquitur ibi Imperator de emancipatis, vt ibi videre licet.

34 Ex hac gloſ.duæ colliguntur Concluſiones; Prima eſt, quod emancipatus filius de iure ciuili non debet hæres inſtitui, nec nominatim exhæredari: quam concluſ. ſequuntur omnes Doctores hic, & in §.emancipatos, infra eod. & probatur ex tex.in dicto §.emancipatos, vbi emancipatos liberos iure ciuili, neque heredes inſtituere, neque exhæredare neceſſe eſt. Comprobatur ex §.emancipari, ĩ.de hæred. quę ab inteſt.defer. vbi dicitur, quod emancipati liberi iure ciuili, nihil iuris habent, ergo iure illo non erant inſtituẽdi, nec exheredandi ad idem l.1.C.vnde lib. vbi gloſ.

Ratio huius Concluſionis eſt ea, quę ponitur per Iuſtinianum, in d.§ emancipatos, quia ſ.emancipati liberi non ſunt ſui heredes, & ideo in eis non continuatur dominium rerum paternarum, ſicuti in filijs in poteſtate, cum illi eſſent de iure ciuili, incogniti, vt inquiunt Pet.de Bellapert.in l.qui ſe patris, num.2. C.vnde liberi. Ange.de Gambillonib. in l.veutte, num.3. ff. de acquir. vel omitt. hæred. vnde cum in emancipatis non continuetur dominium rerum paternarum, non eſt opus quod ipſi inſtituantur vel exhæredentur, ſicuti alij, ad hoc enim vt quis dicatur ſuus heres, duo copulatiuè requiruntur. Primo, quod ſit in poteſtate teſtantis; ſecundo, ꝙ teneat primũ locum in ſuitate, §.ſui, ĩ.de hered.qual.& diff. Sed emancipati deſierunt eſſe in poteſtate teſtantis, ideo nõ poſſunt dici ſui heredes.

Secunda potuit esse ratio, quia de l. 12. tab. hæreditas tantum deferebatur agnatis, vt per totum tit. inst. de legit. agnat. success. sed per emancipationē tollitur agnatio, l. tutelas, ff. de capit. diminut. §. fi. sup. de legit. agnat. tutela, quam rationem sequuntur Bell. hic, & Picenard. pag. 69. & ante eos Paul. Castr. in rubr. C. qui admitti.

35 Illud autem quod supra diximus, emancipatos de iure ciuili fuisse incognitos, limitatur procedere, quando emancipatus vellet venire ea persona sua, secus, si ea persona alterius, quia tunc erat cognitus, ita dixit gl. in l. qui se patris, quam sequitur ibi Angel. de Vbald. nu. 15. C. vnde lib.

Secundo limitatur, vt non habeat etiam locum, quando emancipatus veniebat ex testamēto, tunc enim erat cognitus, l. ea duobus, & ibi gl. & l. illud, in fine, à contrario sensu, ff. de bon. poss. contra tab. & ibi Bartol. & gl. in l. fin. ff. de interrog. act. & l. 1. C. de collationb. cum similib. de quibus in tit. ff. de collationib.

36 Hodie tamen secus est, etiam de iure ciuili: nam debet exhæredari, vel institui, vel præteriri cū causa, aliàs testamentum est nullum ipso iure, vt traditur per gl. in §. exhęredatus, in Auth. de hæred. & Falcid. & per DD. in Auth. Ea causa, C. de liber. præter. dixit Aret. hic, nu. 3. Bell. nu. 3. eo quia sublata est omnis differentia emancipationis & patrię potestatis, §. nullum, in Auth. de hæreditat. quę ab intest. voluit Crot. in l. Gallus, io §. & quid si tantum, num. 97. ff. de libe. & posth. Thomas Calanchus in tepet. l. 1. ff. de vulg. & pupill. num. 42. & facit text. in l. meminimus, C. de legit. hæred. vndè, vt inquit Angel. de Vbald. in l. qui se patris, nu. 9. C. vnd. legit. filij emancipati sunt hodie pariter sui hæredes, per iura modo deducta, & succedunt sine distinctione ad similitudinem suorū, d. §. nullam, in d. Auth. de hæred. quæ ab intest. Crotus, in d. §. & quid si tantum, num. 97.

37 Sed iuxta prædicta maximum oritur dubium, an hæc differentia quę hodie sublata est inter emācipationem & patriam potestatem, sit sublata indistinctè f. tam ex testamento quàm ab intestato; Qua in re varij varia dixere.

Aio igitur Bart. fuisse in ea opinione sublatam esse differentiā tā ex testamento, quàm ab intestato, quam sequuti sunt Bald. Paul. Castr. Ioan. de Imola, Alex. Aret. & Ias. in l. Gallus, in §. & quid si tantum, de liber. & posth. & est communis opinio de qua testatus est Fortun. Garzia ibi, nu. 208. moti per præallegata iura.

Contrariam tamen opin. tenuit Accurs. in d. l. Gallus, in §. & quid si tantum, glos. in l. si emancipati, C. de collat. gl. in Auth. Ea causa, C. de liber. præter. glos. in l. si filius, ff. de minor. quæ omnes glos. volunt ab intestato fuisse sublatam omnem penitus differentiam, sed ex testamento non; quarum opin. sequutus est Azo in Summ. tit. C. de con iungend. cum emancip. lib. Cynus noster in l. qui se patris, C. Vnde liberi; In quam sententiam profecti sunt etiam Corras. in l. qui liberos, num. 11. ff. de iureiur. Fortun. Garzia d. §. et quid si tantum, num. 209. Salomonius in d. l. Gallus, §. quid si nepos, nu. 95. Hanc expressè dixit esse communem opinionem & veram Thomas Calanus, in l. 1. ff. de vulg. subst. num. 42. eandem tenuit Ludouic. Gozadin. in d. l. qui se patris, nu. 173. C. vnde lib. & Moder. Bonon. passim in l. si emancipati, C. de collat. Nec obstant iura præallegata, quia intelliguntur procedere ab intestato, & præcipuè non obst. tex. in d. l. meminimus, C. de legit. hæred. nam ego respondeo, quod ibi dicit Imperator emancipatos succedere ad similitudinem suorum, si ergo ad similitudinem suorum, ergo non sunt verè sui.

Nec obst. quod emancipati sint habiles quo ad succedendum, non tamen emancipati intelliguntur restitui ad ius suitatis, vt per DD. in dicta l. si emancipati.

Non obst. etiam quod iure ciuili emancipato deferatur hęreditas ex testamento, defertur enim vt extraneo, & ideo opus est vt adeat: quia in eo non continuatur dominium sicuti in suo, d. l. meminimus, ibi, ad similitudinem suorum, ergo non est suus. Dixit Socin. & Aret. in d. l. Gallus, in §. quod si nepos, & pro hac opin. communi & magis com muni, quod hodie ex testamento non sit sublata differentia suorum & emancipatorum, plura cumulat Fortun. ad partes disputando, in dicto §. & quid si tantum, l. Gallus, num. 208. vsque ad numerum 216.

38 Ideo hanc materiam restringendo dico, quod hodierno die 12. reperiuntur differentię inter filios in potestate, & emancipatos.

Prima differentia est in successione ex testamento, vt per glos. in Authent. Ex causa, C. de liber. pręter. cum concordantibus supra statim deductis.

Secunda est in donatione à patre facta, l. 2. C. de inoffic. donat. vbi donatio immoderata à patre facta filio in potestate, non valet, ideo non est opus querela, secùs, si facta sit filio emancipato, quia tunc valet, & reuocatur inde per querelam.

Tertia est, quia filius in potestate nō potest agere contra patrem etiam impetrata venia, quod secùs est in emancipato, l. fin. C. de in ius vocand.

Quarta est in l. fin. §. 1. C. de bon. quæ liber. vbi filio in potestate recusante adire hæreditatem, acquiritur nihilominus patri quo ad vsumfructum, ac si ipse filius adiuisset. quod secùs est in emancipato.

Quinta ea mutuo facto filiofamil. non competit actio mutuanti cum effectu, cum obstet exceptio Macedoniani, etiam quod filius esset factus sui iuris, secùs est in emancipato, l. 1. & 2. ff. ad Macedon.

Sexta est in transmissione; quia emancipatus nec etiam hodie transmittit, vt per DD. communiter, in Auth. In successione, C. de suis & legit. & est communis opinio de qua testatur Angel. in l. illud, ff. si pars hæred. pet. & Corneus in l. si emancipati, C. de collationib. & sic per ius Authentico rum emancipatis non restituitur suitas, vt per Moder. Bononiens. etiam in d. l. si emancipati, nume. 57. Hinc etiam fit quod si filius emancipatus cum causa fuerit, non potest dicere testamentum nullum, tanquam suus, sed est ei necesse intentare bonorum possessionem contra tabul. secùs autem est si esset præteritus sine causa: quia eo in casu dicit testamentum nullum; ita dixit glos. in Auth.

in Auth. de hęred. & Falc. in §. exhæredatos, quam sequuntur DD. communiter, & Bart. in l. filio prę-terito, ff. de iniusto, rupto, de communi opio. testatur Crot. in d. l. Gallus, §. & quid si tãtum, nu. 102. ff. de liber. & posthum.

Septima est differentia in facultate adeundi, l. 1. C. qui admitti, l. fin. C. de bon. quæ liberis.

Octaua est, quia filius emancipatus non censetur esse eadem persona cum patre, secùs in filio in potestate, §. si verò, infra, de inutil. stip. glos. in l. 2. C. qui ętat. quam commendat Bald. vt refert Roman. in l. si verò §. de viro, solut. matr. & Corn. in d. l. si emancipati, nu. 10.

Nona est, quia emancipatus non habet beneficium l. fin. C. de repud. vbi notat Coroe. in princ. secùs est in suo hærede.

Decima differunt in collatione emancipati à suis, vt in d. l. si emancipati, C. de collat.

Vndecima est in acquisitione: quia filius in potestate hęreditatem profectitiam acquirit patri, secùs emancipatus, vt notatur in l. 1. C. qui admitti, l. sed & si plures, §. in arrogato, ff. de vulg. & pupillari.

Duodecima & vltima est differentia, etiam de iure hodierno, quia aduentitia acquiruntur per filium patri quo ad vsumfructum, de qua re est tex. in l. cum oportet, C. de bon. quæ lib. §. 1. supra per quas pers. necnon filijfamil. non possunt alienare ea quæ acquiruntur patri quo ad vsumfructum, nec de illis testari, l. fin. §. filij autem, C. de bon. quæ liber. quæ omnia facere possunt filij emancipati; et sic patet quod adhuc durat ratio iniurię inter filiumfamil. & emancipatum; Et hæc satis sint quantum ad primam glos. Conclusionem.

39 Secunda est conclusio ex eo quod filius emancipatus de iure Prætorio est hæres instituendus, aut nominatim exhæredandus à patre, sicuti seten tus in potestate de iure ciuili, probatur in d. §. emancipatos, infra eod. tit.

Ratio autem huius Conclusionis non potest reddi, nisi persuasiua & probabilis, non autem necessaria & concludens: quia in his quæ deuiant à principijs, quemadmodum est in casu nostro, non potest reddi concludens ratio, vt dicebat Groffred. in l. cum filio, §. quæri potest, ff. de suis & legit. hęred. num. 20. & in l. si postea, nu. 13. ff. vnde liberi, & in l. hęreditatem, num. 11. ff. ad l. Falcid. cum enim de iure ciuili emancipatus filius fuisset cognitus, patet quod non poterat hæres institui. Prætores autem introducentes debere eum institui vel exhęredari, deuiarunt à principijs iuris ciuilis, idcirco non potest reddi concludens ratio. Potest esse tamen ratio: quia cum in emancipatis duret ius sanguinis, idcirco Prętor qui ęquitatem naturalē semper ante oculos habet, l. quod si Ephesi, ff. de eo quod certo loco, habet eos perinde ac si in potestate parentis tempore mortis fuerint, §. emancipati, infra, de hæred. quæ ab intest. defer. & inter suos hęredes eos connumerat, vt infra, de legit. agnat. success. in princ. & hac de causa tanquam sui hæredes sunt de iure Prætorio hæredes instituendi vel exhæredandi.

40 Debet tantum declarari Conclusio quæ habet, quod emancipatus debet hæres institui à patre, vel exhæredari, de iure prætorio, quemadmodum filius in potestate de iure ciuili, vt non sit per omnia idem ius in eo quod est in filio in potestate, vt dicebat hic Ioan. Fabr. & Aret. nisi quo ad institutionem & exhęredationem: patet, quia si filius in potestate non fuerit neq; hæres institutus, neq; exhæredatus, sed pręteritus funditus, ipso iure reddit testamentum nullum; sed secus in emancipato de iure prætorio, nam Prætor ei pollicetur bonorum possessionem contratab. ad rescindẽdum id testamentū in quo fuit præteritus, text. est in d. §. emancipatos, ∫. eod. & ita illud testamentum valet, sed venit rumpendum per contratab. quę reducit rem ad causam intestati, iuribus vulgatis.

Sed contra hoc quod imò emancipatus pręteritus per contra tab. bon. possessionem non reducat rem ad causam intestati, nec ipse impediat hęredem scriptum adire de iure ciuili, text. est in l. eius qui in potestate, §. sed si scriptus, ff. de leg. pręstand. quem allegat glos. ad hoc propositum, in l. posthumo, C. de contratab. Confirmatur ex Cuman. Fulg. & Alex. in d. l. posthumo. qui dicunt rationē huius rei esse, quia sicuti Prætor non potest facere aliquem directò hæredem, §. quos autem, infra de bon. poss. ita nō potest facere ipso iure desinere hęredē esse illum, qui est hæres de iure ciuili, glos. est ordinaria in l. in substitutione, ff. de vulg. & pupil.

41 Tamen reconciliando has contrarietates, dico, quod quando filius emancipatus est præteritus à patre, & institutus est ille, qui est liberis, tunc emancipatus contratabulando non impedit hæredem scriptum adire de iure ciuili, nec ipsa bonorum possessio contratab. reducit rem ad causam intestati, sed tantum impugnat testamentum, non autem rumpit; Et in his terminis procedit text. in d. l. is qui in potestate, §. sed si scriptus, vt expressè in eo habetur, & hoc factum est fauore filiorum. Aut verò est institutus extraneus, & tunc emancipatus contratabulando impedit hæredē adire, & in hoc casu reducit rem ad causam intestati, l. cum emancipatus, in princ. & ibi glos. ff. de bonorum poss. contra tab. l. filium, in princ. vers. nihil latum si, ff. eod. et ita procedat id quod supra dicebamus. Et hanc distinctionē est sequutus Ias. in dicta lege posthumo, num. 34. C. de contratabul. & cæteri post eum.

Hodie tamen emancipatus etiam reddit testamentum nullum ipso iure, si fuerit præteritus à patre, sine expressione causæ, vt dicebat Aret. hic, vt supra diximus nos, per text. in §. exhæredatos, in Auth. de hæred. & Falcid. & per DD. in Auth. Ex causa, C. de lib. pręter.

42 Glos. in verb. præterijt, diuiditur in duas partes. in Prima declarat quis dicatur præteritus. in secunda dicit testamentum ipso iure esse nullum in quo filius est præteritus. Secunda ibi, nec ipso iure.

Pro expeditione primę partis dicitur in text. quod si pater præterijt filium, inutile est testamentum. quæro vnà cum glossa, quomodo dicatur pater præterire filium suum. Respondet glos. nec instituendo, nec exhæredando, vt infra de hęred. quę ab intest. defer. in §. eadem, vbi dicitur, ea-

dem obseruâtur in ea bonorum possessione quam contra tab. testamenti parentis liberis, præteritus, s. neque hęredibus institutis, neque vt oportet exhæredatis Prætor pollicetur.

Som in parte pro cuius expeditione dicitor in text. uostro, quod si pater habeat filium in potestate, debet eum aut hæredem instituere aut nominatim exhæredare, alioquin si eum silentio præterierit inutiliter testatur; quero vnà cum glos. an testamentum erit nullum ipso inre; & eesponder glos. quod ipso iure nō valet illud testamentom in quo filius est præteritus, allegat text. iu l. maximum vitium, C. de liber. præter. vbi in princ. dicitur, & si à parentibus fuerit præteritus filius, vel ipso iure testamentum euertębat, &c. ecce, quod ipso iure testamentum est iuualidum, & idem dicitur in §. sancimus, eiusdem legis.

43 Ex hac glos. duæ colliguntur Conclusiones. Prima, præteritum illum dici qui noo est institutus, nec nominatim exhæredatus, quā Conclusionem sequuntur DD. communiter, tum hic, tum in l. 3. C. de lib. præte. & in l. posthumo, C. de bon. poss. contra tab. de communi testatur Bell. hic, num. 4. Tobias num. 7. & Piceu srd. pag. 71. eandem tenuit gl. in l. nam & si. §. fin. ff. da inoffic. testam. de communi testatus est Ioau. Anton. Rubeus, in l. pater filium, num. 1. ff. de inoffic. testam. Ioan. Igneus in Auth. ex causa, num. 227. C. de liber. præter. & melius sub num. 99. & Zucchard. in d. l. posthumo, nu. 21. vbi Ias. nu. 3. Dec. nu. 5.

Probatur in d. §. eadem ponderando illam dictionem, idest, quæ est pręcedentium expositiua, vt tradit Bar. in suo trac. de alueo, in verbo, idest, & in l. 1. ff. ad l. Aquil. & est tex. in l. qui liberis, vbi gl. in verb. idest, ff. de vulg. & pupill. ideo illud verbum præteritus, videtur declaratum vt dicatur, quando non est institutus nec exhęredatus. Facit secundo l. quidam filium, C. de fideicomm. notat Bart. in Auth. ex causa, C. de liber. præter. Probatur tertio in d. l. maximum vitium, ibi, institutione præterijt.

Confirmatur quarto hæc Conclusio in l. ex facto, §. Lucius, ff. de vulg. & pupill. vbi filius vulgariter substitutus hæredi scripto dicitur præteritus.

Sed ad hunc text. respondebat Tobias hic, quod I. C. ibi non simpliciter appellat substitutū filium præteritum, sed præteritum à primo gradu, qood non est mirum, cum nihil in eo gradu consequutus fuerit, qnia commodum institotis fit in secūdo gradu, à quo non dicitur præteritus substitutus filius, vt considerat I. C. ibi, hoc tamē ideo ast, vt ego opinor, quia substitutio est secūda institutio, vnde cum inueniatur filius iu illo secundo gradu institutus hæres, nou est postea mirandum si ab eo gradu nō dicatur præteritus, sed in primo gradu bene dicitur præteritus nō ex eo vt dicebat Tobias, quia in eo gradu nihil fuerit consequutus, nam licèt aliquid fuisset consequutus ipse filius præteritus, præterquā titulo institutionis, nihilominus præteritus diceretur, sed ex eo, qnia ab illo gradu non fuit institutus hæres, aut exhæredatus, vt ibi patet ex verbis Iurisconsulti dicentis, quod cum Lucius haberet filios in potestate, & vxorem hæredem instituit substitutis filijs, quæritur, nunquid talis institutio nullius deberet esse momenti ex eo quod ab eo gradu filij non essent exhæredati, & respondet I. C. quod nullius est momenti talis institutio, considerat ergo legislator ibi, quod ex eo filij à primo gradu dicuntur præteriti, quia non fuerunt exhęredati.

Vltimo confirmatur ex l. ita tamen, §. qui rogatus, ff. ad Trebell. vbi dicitur filio emancipato cui restituitur hęreditas, ex fideicommisso, competit bonorum possessio contra tab. si competit contra tab. ergo dicebatur pręteritus, & tamen sibi fuerat relictum fideicommissum. Pręteritus ergo dicitur, qui neque est hæres institutus, neque exhæredatus.

44 Contrariam tamen opin. quod imò ille non dicatur pręteritus qui non est institutus vel exhęredatus, sed ille tantum de quo nulla est facta mentio, tenuit glos. in l. si quis filium, C. de lib. pręter. quæ vult, quod si filio aliquid relinquatur iure donati, vel donationis, licèt non sit institutos, neque exhęredatus, non dicatur pręteritus, cum in eo casu inficiari non possit fuisse de eo factam mentionem, quę opinio contra communem probatur.

Primo deducitur authoritas ipsius glos. in d. l. si filius, quę hoc in loco sapit vim legis.

Secundo deducitur text. in l. omnimodò, vers. si verò, iuncto vers. pręcedenti, C. de inoffic. testa. vbi dicitur, quod si testator aliquā fecerit mentionem earom personarum quę habent inofficiosi querelam, aliquid eis legando, attenditur illud ius nouum de quo ibi, si verò subdit ibi text. eas pręterierit, attenditur ius antiquom, ecce, quod tex. ibi expresè vult, qnod ille cui aliquid io testamento relinquitur, licèt non fuerit institutus, oon tamen dicitur pręteritus.

Tertio facit text. in §. posthumi, vers. sed fœminini, infra eod. tit. nostro, vbi expresè dicitur, sed fœminini sexus personę inter cœteros exhęredari solebant, dum tamen aliquid eis legaretur, ne viderentur pręteritæ per obliuionem. probatur ergo apertè ex eo textu, quod ille cui aliquid relinquitur, licèt non fuerit hęres institutus vel exhęredatus, pręteritus tamen nō dicitur, & ita videtis quod

45 pro vtraque parte adsunt iura ingentia, tamen illis noo obstantibus, non est recedēdum ab opin. communi, & vera, quod ille dicatur præteritus, qui nec institutus est, nec exhæredatus, licèt aliquid in testamento sit relictum.

Qua opinio sic stante, respondeo ad contraria, &

Primò, ad glo. in d. l. si quis filiom, in verbo, intelligitur, & dico, quod illa non tenet contrariam opin. sed illa debet intelligi secundom iura, quæ ipsa allegat, inquit enim quod ille dicitur præteritus, de quo nulla est facta mentio, deinde deducit ad hoc probandum text. in §. eadem, quem deducit etiam glos. nostra, vbi dicitur, quod præteritus est is, qui non est institutus, nec exhęredatus, ergo ad hoc vt glos. illa intelligatur secundum text. quem allegat, debemus dicere, velle quod ille dicatur præteritus de quo nulla est facta mētio, s. pertinens ad institutionem et exhęredationem. Et hanc responsionem attulit etiam Zucchard. in d. l. posthumo, num. 26. quam ego ante non videram.

Ad se-

Ad secundum respondetur, argumentum sumptum ex d.l.omnimodo, ex mente Dec. in l. posthumo, C. de bon. poss. contra tab. videlicet, quod si agamus de eo qui omnino ex forma debet institui, vel exhæredari, quod tunc procedit opinio communis, qui enim omnino exhæredari debet, vel institui, si non est institutus vel exhæredatus dicitur præteritus, secùs quo ad illos, qui non debent ad validitatem testaméti institui vel exhæredari, nam illi dummodò eis aliquid sit legatum, non dicuntur præteriti, & ita procedat text. in d.l.omnimodo.

Ad tertium de text. in vers. sed fœminini, eodem modo respondetur, etiam quod dicere possimus quod text. ille vult, quod is cui aliquid est legatum non dicatur præteritus per obliuionem, sed per hoc non negatur quod non dicatur præteritus cum non sit institutus, neque exhæredatus, sed non est præteritus per obliuionem, cum ei aliquid sit legatum, apparet enim testatorem illius minimè fuisse oblitũ, quam solutionem sequitur Rubeus in l. pater filiũ, num... ff. de inoff. testam. qui dicit, quod præteritus potest considerari, vt genus, & vt species, vt iniuria, & adoptio, in genere dicitur ille de quo nulla est facta mentio, & ita procedat d.l.omnimodo, in specie dicitur qui non est institutus, nec etiam exhæredatus, vt hic in tex. d. §. sed eadem, cum alijs deductis, & in terminis ad hæc iura respondet ita Zucchard. in d.l. posthumo, num. 25. & præcipuè ad d. §. posthumi, & Mod. Bonon. in d. Auth. Ex causa, num. 5. C. de liber. præterit.

Ex quibus solutionibus apparet, quod hæc conclusio quæ habet filium præteritum dici, qui non est institutus nec exhæredatus, non procedit, & limitatur si de illo agatur, qui ad validitatem testamenti non est instituendus, nec etiam exhæredandus, nam ille dummodo ei aliquid legetur, non est præteritus.

Secundo limitatur non procedere in eo qui est præteritus per obliuionem: nam iste nõ est hæres instituendus, nec exhæredãdus, tamen si aliquid relinquatur, non dicitur præteritus per oblinonem, sicuti est, quando nihil ei relinquitur, d. vers. sed fœminini quidem sexus.

46 Secunda est conclusio ex glos. testamentum in quo filius est præteritus, esse ipso iure nullum, ita quod non sit opus vt filius illud nullum dicat, seu petat declarari nullum, ea enim quæ ipso iure sunt nulla, non requirunt aliquod factum hominis.

Sed vt ordinatè procedamus, diuido eam in duo capita, primum erit, quid de iure ciuili, secundum pertinebit ad ius Prætorium.

Quo ad primum sit conclusio; Testamentum in quo est præteritus filius de iure ciuili, ipso iure nullum esse, absq; eo, quod dicatur de nullitate, quam tennit glos. in l. si filius qui in potestate, de liber. & posth. gl. in l. posthumo, C. contra tab. sequuti sunt ibi Alex. nu. 17. Ias. nu. 10. qui dicit hanc esse communem Zucchard. ibi, num. 34. cum sequent. de communi testatur Riminald. ibi, num. 5. quam deinde sequuti sunt Verins, in l. Lucius, nu. 16. ff. de vulg. & pupill. Petrus Stella, in l. si duobus, §. si prius, num. 2. ff. de bon. poss. contra tab. Aluarus in Rubr. de leg. 1. num. 67. Francisc. Turzan. in suis commun. opinion. in verbo, testamentum præteritione filij, Iulius Clarus in tract. de testam. quæst. 43. & Moder. Bonon. in d.l. posthumo, num. 41. & sequent. Eandem communem sequuntur Tobias hic, nume. 11. & posteriores, quorum sententiam ego quoque libenter amplector, & pro hac mouentur Interpretes varijs medijs, ego autem vrgentiora ponderabo.

Probatur ergo in primis ex text. nostro hic, in vers. quia scilicet ab initio non constiterit testamentum, cum enim dicatur nullum testamẽtum in quo filius est præteritus ab initio, ergo erit etiã nullum antequam filius præteritus illud nullum dicat.

Nec obst. responsio Modernorum ad hunc text. dicentium, quod testamentum est nullum, sed reconualescit post mortem patris si filius non dicat nullum, cum tacendo videatur illud approbare. Nam respondetur, quod si ab initio erat nullum, vt & ipsi Moder. fatentur, ergo non poterit reconualescere, per regulam quæ ab initio, ff. de reg. iur.

47 Secundo deducitur, l. maximum vitium, C. de liber. præter. in priu. & in vers. sancimus itaque, vbi dicitur testamentum ipso iure nullum esse, in quo filius in potestate sit præteritus, ergo non est opus vt declaretur nullum.

Nec obst. responsio Bauer. dicentis, non valere consequentiam, aliquid fit ipso iure, ergo non debet peti: nam compensatio quoque inducitur ipso iure, si enim petis à me decẽ & tu debeas mihi alia decem, debet fieri compensatio ipso iure de quantitate ad quantitatem, & tamen opus est vt opponatur; idem in suppletione legitimæ.

Nam respondetur, compensationem fieri ipso iure, quando est opposita, & tunc non est opus aliqua iudicis declaratione, secùs si non fuit opposita: nam cum de ea non constet, non potest fieri. idem est dicendum in suspensione legitimæ, secùs in casu nostro, in quo præsupponitur constare filium esse præteritum.

Tertio augetur ex l. inter cætera, ff. de liber. & posth. vbi pater debet filium quem habet in potestate hæredem instituere, vel nominatim exhæredare, aliàs filio in potestate præterito inutile est testamẽtum; cum ergo tex. ibi dicat quod inutile est, & vtatur verbo præsentis temporis, debet intelligi quod sit nullum ipso iure, vt not. glos. in l. in criminali, C. de iurisd. omn. iudi. & ita glos. ibi intelligit hunc text.

48 Quarto apparet ex l. 1. in princ. ff. de iniusto, rupto, vbi testamentum aut non iure factum dicitur, vbi solemnia iuris defuerunt, aut nullius esse momenti, cum filius qui fuit in potestate patris præteritus sit, ecce quod ibi apertè probatur, quod sit nullum ipso iure.

Deducitur quinto loco, l. 3. §. ex his, ff. de iniust. rupt. vbi I. C. ponens differentiam quando præteriti sint filij posthumi, & quando iam nati, dicit, illi, scilicet iam nati, iniustum faciunt, hi, posthumi rumpunt si nascantur; pondero illam dictionem (semper) quæ denotat omni parte temporis inutile esse testamentum, & ita ab initio, vt ibi etiam sentit glos.

Sexto mouentur Interpretes per l. 2. ff. de hæred. instit.

instit. quę dicit, posthumo nato rumpitur statim testamentum, & hoc tantummodo requiritur si viuus ad orbem totus processit, igitur si hoc tantummodo exploratur, sequitur, quod de voluntate prætereuntis nulla debet fieri exploratio, & hunc in modum inducit hunc text. Zucchard. in dicta l. posthumo, num. 90.

Septimo ad eandem opin. communem comprobandam allegatur text. in l. si à primo, ff. de lib. & posth. ibi, quasi ab initio inutiliter institutus, ergo non eget declaratione filij præteriti, ad idem facit l. si filius qui in potestate, de lib. & posth. Nec obst. responsio aliquorum dicentium ideo illud esse, propter mortem filij, quia moriendo cum de eius præiudicio tractetur, videtur improbare, eo quod non approbat, l. quo enim, vbi glos. in verb. comprobare, & ibi Bart. ff. rem rat. haberi nam omissis pluribus quæ deduci possent, loco replicationis dico, quod hæc istorum responsio confunditur ex tex. in princ. tit. nostri, vbi dicitur, quod ab initio testamentum est nullum, siue filius viuat, siue moriatur, prout etiam optimè considerauit Zucchard. loco supra pręmonito.

Octauo confirmatur ex l. 1. §. interdum, ff. de exhibend. tab. ibi, ab initio inutiliter factum est testamentum præteritione filij, ergo ipso iure, vt ibi sentit glos.

Nono videtur posse probari ex text. in l. ex facto, §. Lucius, ff. de vulg. & pup. & ibi etiam ad hoc notat illum text. Verius ibi num. 16. vbi dicitur, quod tale testamentum in quo est filius pręteritus, ab initio non valuit, ergo.

49 Decimo & vltimo probatur hęc opinio communis: Nam actus est nullus ipso iure, absq; eo quod aliquis ea agentibus petat declarari nullum, quoties ea quæ de forma ipsius actus sunt minimè fuerunt obseruata, vt not. glos. in cap. cum inter dilectos, de præbend. & habetur in l. nemo potest, ff. de leg. 1. & facit vulgata l. iulianus, ff. ad exhib. sed institutio vel exhæredatio filij est de forma ipsius testamenti, d. l. inter cęteros, ff. de lib. & posth. ergo est nullum testamentum, si filius est pręteritus, quamuis non dicat illud nullum.

Contrariam tamen opin. quod imò tale testamentum non sit nullum ipso iure, propter filij pręteritionem, sed necesse sit vt de nullitate dicatur, tenuit glo. in l. scimus, C. de inoff. testam. glos. in l. filio præterito, ff. de iniust. rupt. quam sequuntur Riminald. in d. l. posthumo, num. 5. & Curt. num. 46. eandem tenuerunt Ozer. & Bauer. hic, quæ opinio contra commun. nititur his fundamentis.

Primo, ex l. inter cætera, ff. de lib. & posth. vbi inter cætera quæ ad ordinanda testamenta requiruntur et necessariò desiderantur, principale ius est de liberis hæredibus instituendis vel exhęredandis, ne præteritis istis rumpatur testamentum; Ecce, quod nisi testamentum à principio validum esset, non diceret ibi I. C. quod deberet rumpi, quia quod nullum est, rumpi & rescindi non potest, l. nam & si sub conditione, §. post defectum, ff. de iniusto rupto.

Ego verò qui vt supra audiuistis, sequor opin. communem, Respondeo, quod ille text. loquitur generaliter de quibuscunq; liberis, tam suis quàm emancipatis hæredibus instituendis, vel exhęredandis, quia emancipati etiam de iure Prætorio debent aut hæredes instituti, aut nominatim exhæredari, §. emancipatos, infra eod. dum verò text. ibi subdit, ne rumpatur testamentum, refert se ad emancipatos, & de illis intelligit: quo casu verum est dicere testamentum iure ciuili validum rescindi, cum de iure ciuili testamentum in quo fuisset emancipatus præteritus, non erat nullum. Deinde text. in fine loquens specificè, & expressè de suis, & in potestate existentibus præteritis, inquit namque filio præterito inutile est testamentum. Et hanc responsionem sequitur Roncagall. in §. sunt autem, infra, de bono. posses.

Secundo possumus nos tutius respondere, quod text. in d. l. inter cętera, loquitur de filijs in potestate, & dum dicit, ne testamentum rumpatur, vult intelligere, quod à principio rumpatur præteritione filij in potestate existentis, etiam antequam dicatur nullum. Quod comprobatur, dum in fine dicit text. namque filio in potestate præterito, inutile est testamentum, cum vna pars legis aliam declaret.

Secundo pro opin. contra commun. facit text. in l. posthumos, C. de contra tab. vbi dicitur, posthumo nato qui neque hæres institutus est à patre, neque nominatim exhæredatus, testamentum rumpitur. Si ergo præteritus debet rumpere testamentum, ergo ab initio valebat, aliàs rūpi nō potuisset.

Respondetur, quod ille text. loquitur de posthumo præterito, qui licèt debeat à patre hæres institui vel exhæredari, §. posthumi, infra eod. tit. tamen si prætereatur, ita demum nullum est testamentum & inutile, si nascatur, si verò non nascatur, valet, d. §. posthumi, vers. & in eo; at nos loquimur de iam nato, qui si non fuerit hęres institutus, aut nominatim exhæredatus, testamentum quidem à principio nullius est momenti, per superius allegata.

Secundo respondetur, quod loquitur de contra tab. quæ datur ad rumpendum quatenus de facto processit; ita respondet Zucchard. ibi, num. 85. & Mod. Bonon. num. 41.

Tertio tamen augetur prædicta opinio per l. maximum vicium, §. sancimus, C. de lib. præter. vbi erat filius præteritus, & inquit text. quod duo remedia habet vel testamentum ipso iure ciuili euertere, vel de iure Prętorio petere contra tab. patet ergo ex illo tex. quod filius præteritus euertit testamentum, & sic dicit testamentum nullum.

Huic text. respondebant Decius & Curt. in d. l. posthumo, quod factum hominis requiritur quo ad effectum, non quo ad substantiam; credo quod ipsi velint dicere, licèt testamentum in quo filius in potestate est præteritus, sit ipso iure nullum, & ita pro non facto habeatur, tamen hoc debet per Iudicem declarari, quæ declaratio habetur pro rescissione ipsius testamenti.

Sed dicet aliquis, quod illa declaratio erit frustratoria, cum euidentissimè appareat ipso iure nullum esse testamentum, cum non sit forma seruata instituendi vel exhæredandi.

Respondeo, quod imò non est frustratoria, quia licèt Iudici certum sit, præterito filio in potestate,

testa-

testamentum esse nullum ipso iure, sibi tamen non constaut ea quæ in facto consistunt, videlicèt, an isse præteritus sit filius, & an sit in potestate. Item, & an sit in proximiori gradu, & ideo præteritus filius debebit omnia ista Iudici manifestare, & sic quo ad hoc requiritur factum hominis, non autem circa substantiam testamenti.

50 Confirmatur: nam licèt notorium releuet ab onere probandi, non tamen releuat ab onere proponendi, debent enim allegari & proponi corã Iudice, vt est gl. in Clem. Appellanti, in verbo, aliàs, extra de appel. quàm gl. not. & allegat Ias. in l. 1. nu. 13. ff. de noui oper. nunc. facit text. in l. si adulteriũ, §. idem Pollionis, ff. ad leg. Iul. de adult. vbi dicit text. quod aliqui à crimine & pœna incestus excusari solent, sexu, vel ętate, qui illicitam coniunctionem admiserunt, quando bona fides interuenit, vtique subdit text. si error allegetur. Ecce, quod ibi notorium debet allegari, sed non probari; Et ita intelligi possunt omnia iura dicentia testamentum rumpi vel rescindi.

Secundo respondetur, quod illud verbum (ipso iure) ibi positum, ponit solutionem: nam cum illa subuersio fiat ipso iure, non potest importare factũ hominis, qui ipso iure non subuenit: & ita respondet Ias. in d. l. posthumo, vndè, illud verbum (euertere) refertur ad exequutionem facti, in consequendo hæreditatem, quia per se testamentum est nullum; & ita etiam Moder. Bonon. in d. l. posthumo, num. 41.

Quarto ad eandem opin. contra comm. firmandam mouentur Riminal. Curt. & alij, per text. in l. filio pręterito, ff. de iniusto, rupt. vbi filio pręterito qui fuit in patris potestate, neque libertates, neque legata præstantur, si præteritus à fratribus partem hęreditatis auocauit, ergo testamentum non est nullum, nisi dicatur nullum.

Respondetur per DD. multis modis, & præcipuè Zucchard. in d. l. posthumo, num. 85. quod ibi loquitur de auocatione hæreditatis, non de auocatione testamenti; nam auocat partem ab eo, qui occupaset & auocationem fundat: quia ipso iure testamentum est nullum, ergo non meretur adduci; quam solutionem sequuntur Moder. Bonon. tacito Authore dum dicunt, quod ille tex. loquitur de exequutiona respectu bonorum hæreditariorum non testamenti.

Quinto augetur ex l. ex duobus, la prima, §. si prius, ff. de bon. poss. cõtra tab. vbi dicit tex. si prius testamentum extet iure factum, quo filius exhæredatus est, sequens imperfectum in quo præteritus sit filius, posteriore testamento præteritus, rectè petet bonorum possessionem. ergo testamentum non est ipso iure nullum, aliàs frustra esset illa petitio.

Respondetur, quod loquitur secundum communem intellectum de filio emancipato præterito, cuius præteritio non facit non valere testamentum de iure ciuili, secundum glos. in l. filium, in verbo, aditione, ff. eod. Vel & secundo dicatis, quod loquitur de testamento Prætorio, quod non est nullum ipso iure, vt infra videbimus.

Sexto deducitur l. posthumo, C. de collat. secundum Ias. vbi dicitur, posthumo præterito patris testamentum rumpenti, atq; ab intestato succedenti, emancipatum petita bonorum possessione conferre debere bona sua, edicto perpetuo cauetur: si ergo rumpit, ergo testamentum nõ est ipso iure nullum.

Respõdetur vt supra ad l. posthumo, C. de bon. poss. contra tab. videlicèt, quod loquitur de bonorũ possessione contra tab. & in posthumo.

51 Septimo mouentur DD. per l. si quis legatum, ff. de fals. vbi dicitur: nam et eum teneri de falso constat, qui eo testamento quod postea ruptum est, vel etiam quod initio non iure fieret, legatum sibi ascripserit, ergo si postea rumpit, ergo ipso iure non est ruptum, nisi nullum dicatur.

Respondetur, quod ille text. retorquetur in contrarium, dum dicit, qui eo testamento q postea ruptum est, vel quod initio non iure fieret, hoc est ratione pręteritionis, vt dicit ibi glo. ergo vult ille tex. quod statim, & non postea deficiat illud testamentum, in quo est facta filij præteritio.

Octauo pro eadem opin. facit tex. in l. 3. in fi. vbi dicitur, si ita testatus sit paterfamil. vt à primo gradu filium pręteriret, à secundo solum exhæredaret, Sabinus & Cassius, & Iulianus putant, perempto primo gradu, testamentum ab eo exordium capere, vnde filius exhæredatus est. Pondero illa verba (perempto primo gradu) quæ exponuntur, scilicet si perimetur, ergo valuit.

Respondetur, quod illa verba (perempto primo gradu) sunt verba ablatiui absoluti, vt dicit glos. in l. filio præterito, ff. de iniusto, rup. sed dicti ablatiui absoluti important conditionem, l. à testatore, ff. de cond. & demonstr. ergo ille text. non loquitur in præteritione filij in potestate, quia illa non habet se ad esse & non esse, quo ad peremptionem gradus, cum statim perimat, & nullum statim reddat, vt supra diximus.

52. Nono quoties actus fauore alicuius annullatur, tunc ita demum annullatur, si ipse voluerit, l. 2. ibi, voluerit, & ibi, voluerit, C. de iure emph. vbi Bart. & omnes volunt, per illum text. quod emphyteusta cadat ab emphyteusi, si dominus voluerit, vndè dixit Bald. in l. fin. in fine, C. de reuocãd. donat. quod quando dicimus rem reuerti ipso iure ad dominũ, intelligitur semper, si voluerit. Alex. cons. 175. col. fin. lib. 2. Decius cons. 206. col. fin. Facit quod voluit Ias. in l. cum ij, §. eum, ff. de transactio. Brun. in tract. de form. in Rubr. de potentia, col. 43. vbi dicit Ias. quod licèt alienatio vtilis ecclesię & minori facta, non seruata forma, non valeat, tamen id intelligitur, si voluerit: quia contractus claudicat; sic in proposito, quod cum testamentum annulletur de iure ciuili fauore filij in potestate, non erit nullum, nisi cum ipse voluerit, & quando dicet nullum; & quod hoc sit fauore filiorum, patet ex §. siue igitur, iuncto §. sin autem hæc obseruata non fuerint, in Authent. Vt cum de appell. cognosc. dum ibi dicitur, vt eis iniuria remoueretur; et hoc argum. vtuntur Ias. Riminald. Zucchard. & Moder. Bonon. in in d. l. posthumo.

Respondetur primo, ex Ias. quod istud est introductum à lege pro forma et solennitate testamenti, d. l. inter cętera, cui partes renunciare non possunt, l. cum hi, §. causa, ff. de transact. imò actus est nul-

lus

lus forma non seruata, cap. dilecta, de Rescript.

Secundo respondetur per eundem Ias. quod etsi d. forma sit inducta in fauorem filij, est etiam inducta in odium patris nõ seruantis formam traditam à lege, vt in textu nostro; Vndè, cum non solo fauore filij sit introducta, non debet haberi in consideratione.

Sed quoniam fortasse in dubium reuocatur, an in odium patris hæc forma sit inducta, ideo & tertio respondetur, quod in casu nostro non simpliciter dicitur, vt in argum. supra deducto, quod testamentum sit nullum, sed est dictum quod inutiliter testabitur, vt & si viuo patre filius mortuus sit, nemo ex eo hæres existere poterit: quia scilicet ab initio non constiterit testamentum; quæ verba, adeò inutiliter testabitur, adiecta sunt, vt demonstretur quod nullitas non dependet à beneficio voluntatis filij, quia si ab eo penderet, mortuo filio testamentum deberet valere, quod est falsum, ergo non obstat; Sed prima responsio Ias. verissima est.

Decimo & vltimo pro opin. contra commun. deducitur: id quod nullum est, non potest reconualescere, l. quod ab initio, ff. de reg. iur. & testamentum nullum non potest effici testamentum ex repudiatione præteriti, quia validitas & forma testamenti non consistit ex repudiatione, sed ex verbis testatoris, & solemnitate legali, l. hæredes palam, §. si quis post, ff. de testam. & l. et si vnius, § pactus, 2. respon. ff. de pact. sed iura volunt quod possit confirmari, l. filio præterito, ff. de iniust. rupt. ergo necessario ab initio consistebat.

Respondetur, quod de iure ciuili possit reconualescere testamentum, sed solum iura quæ volunt testamentum reconualescere, loquuntur de iure Prætorio, secundum quod ab initio valet, vt & nos infra latius demonstrabimus in capite sequenti.

53 Ex prædictis ergo apparet, veriorem esse opin. communem, quod præteritione filij in potestate, testamentum est ipso iure nullum de iure ciuili, sine declaratione ipsius filij præteriti.

Quæ conclusio limitatur tribus modis. Primò, vt non habeat locum in milite. Secundò, vt non habeat locum quando in testamento esset apposita clausula codicillaris. Tertio & vltimo, vt non procedat, quando filius consentiret se præteriri; quas limitationes nos latè sumus prosequuti in primo Notabili, ideo aliter non referemus.

Quarto limitatur hæc conclusio secundum Bar. in l. si duobus, §. si prius, ff. de bon. poss. contra tab. vt non procedat, quando in testamento essent instituti venientes ab intestato, tunc enim si filius præteritus tacuerit, & nullum testamentum non dixerit, valet testamentum. quã sequuti sunt Ias. & Curt. in d. l. posthumo. Pro qua

Primo deducitur text in l. si duobus, §. si prius, ff. de bonor. possess. contra tab. qui ad hunc tantum effectum allegatur, vbi secundum testamentum in quo filius est præteritus rumpit præcedens, considerato, quod in eo secundo essent instituti venientes ab intestato, ergo valuit istud secũdum, quia si non posset valere, præcedens non rumperetur, l. cum secundo, ff. de iniusto rupt. test.

Secundo deducitur tex. in l. si duo, §. fin. ff. de leg. præstand. iuncta glos. in verb. non accipitur, vbi emancipatus erat institutus, & erat præteritus filius in potestate, & dicit ibi glos. quod emancipatus accipit bonorum possessionem secundũ tab. quod verum fore dicit Bart. quia testamentum potuit valere de iure ciuili, quia erant in eo instituti venientes ab intestato.

54 Sed hæc limitatio communiter reprobatur, vt testatur Tobias hic, num. 11. & contra illam tenet Alex. in l. posthumo, nu. 14. Zucchar. ibi, nu. 104. Mod. Bonon. num. 51. Imola in l. filio præterito. nume. 2. ff. de iniusto rupt. test.

Et contrarium primò suadetur per l. filio præterito, ff. de iniusto rupt. in qua proponitur esse institutos venientes ab intestato, & in pari gradu, & tamen iure ciuili est nullum, quia solum sustinetur de æquitate Prætoria, ex eo, quod filius præteritus approbat illud, se abstinendo ab hæreditate.

Secundo confirmatur per l. posthumus, versic. Idem & circa, ff. de iniusto rupt. vbi si filius præteritus non moritur viuo testatore, non sustinetur testamentum, licèt sint instituti venientes ab intestato, ergo eodem modo debet in casu nostro non sustineri.

55 Nec obstant in contrarium adducta: nam ad d. §. si prius, l. si duobus, respondet Ias. quod ille tex. habet multos ac varios intellectus, & quod fuerunt Interpretes tot ferè fuerunt intellectus accommodati, vndè succedit Regula Bart. de qua in l. in ambiguo, ff. de rebus dub. quod lex habens varios intellectus, non potest allegari.

Secundo respondetur, quod ille text. non loquitur in filio in potestate, sed in emancipato: nam si loqueretur in suo, tunc primum testamentum non fuisset sublatum, l. si filius qui in potestate, ff. de lib. & posth. vndè, cum loquatur in emancipato, secundum testamentum valet, & posterius tollitur: quia in hoc posteriori erant scripti venientes ab intestato; & iste fuit communis intellectus, vt testatur Thomas Calaneus, in l. 1. ff. de vulga. & pupilla. nu. 96. & Zucchar. in d. l. posthumo, nu. 105.

Decius verò alium accommodauit intellectum ad d. §. si prius, quod ibi primum testamentum tollitur non obstante præteritione, dummodò in illo testamento non sit alius defectus, quàm præteritionis: nam tunc remoto filio scripti hæredes admitterentur; & sic vult Decius, quod ibi non fiat uis an instituti hæredes venirent ab intestato necne? sed uis ibi fit vt alius non esset defectus solemnitatis, scilicet, in numero testium; quem Decij intellectũ sequũtur Mod. Bonon. in d. l. posthumo, nu. 51.

Sed quoniam circa lecturam illius §. totus mundus laborat, vt dicunt DD. in d. l. posthumo, ego aliter non insisto, cum non sit principalis intentio de illius sensu agere, nisi quatenus pertinet ad nostram limitationem, ideo vos reijcio ad tradita per DD. in d. l. posthumo.

Ad l. si duo, §. fin. ff. de leg. præst. respondent communiter DD. quod ibi testamentum valet de æquitate Prætoria, non ex eo quod essent scripti venientes ab intestato.

Videtis ergo, quod hæc limitatio non est vera, & optima ratione inualidatur.

56 Circa verò secundum caput huiusce conclusionis, an testamentum in quo præteritus est filius in potestate, sit ipso iure nullum de iure Prætorio, sicuti de iure ciuili, an verò ab initio valeat. Qua in re communis est opinio quod testamentum sit ipso iure nullum, sicuti de iure ciuili, quam tenuerunt Alexand. Ias. & Dec. in d. l. posthumo, nu. 11. C. de contra tab. vbi Curt. num. 50. de communi testatur Zucchard. ibi, num. 114. eam sequentes de communi testantur Moder. Bonon. ibi, num. 48. eam etiam sunt sequuti Interpretes in §. sunt, infra, de bon. poss.

Probatur itaq; primo loco per tex. in l. 1. in fine, ff. si tab. test. null. extab. vbi dicit, q filio emãcipato exhęredato, alio filio in potestate præterito, ipsi emancipato datur bonorũ possessio Vnde lib. ab intestato. ad idẽ est l. fin. ff. de lib. & posth. ergo testamẽtum est nullum de iure Pretorio, quia bonorum possessio. Vnde lib. non potest dari existente testamento, de iure Prætorio.

Reperio ad hunc text. plures responsiones, sed eis omissis respondet Roman. quod ibi est speciale vt succedatur ab intestato, quia emancipatus erat destitutus omni remedio, non enim poterat habere contra tab. quæ non datur exhæredatis, l. non putauit, ff. contra tab. Item, non poterat habere querelam, quæ non datur quando non potest adiri hæreditas, l. Papinianus, §. si conditioni, ff. de inoff. testamen. & hæc specialitas suadetur, propter illud verbum tueri, ergo ne destitutus sit omni remedio, venire potest ab intestato, per Vnde liberi: Sed quoniam dubium est, an ipse emancipatus sit destitutus omni remedio, cum ei competere videantur remedia ordinaria, vt tradit Decius in d. l. posthumo, vbi Riminal. num. 6.

Ideo aliter respondetur, quod ibi non probatur testamentum fuisse nullum de iure Prætorio, quia imò erat validum, sed ibi succeditur ab intestato, quia filius intentauerat contra tab. et ruperat testamentum de iure Prætorio, & specialitas, quæ denotatur per verbum (tueri) est in hoc, quia licèt cõtra tab. per se non reducat rem ad causam intestati, tamen quando concurrit cum iure dicendi nullum, potest reducere rem ad causam intestati, vt l. liberis, in fine, C. de colla. & ita etiam sentiunt Moder. Bononiens.

57 Secundo mouetur Deci. pro hac opin. communi tali ratione. Prætor mouetur æquitate; & nulla æquitas dictat quod si testamentum est nullum de iure ciuili, quod etiam non sit nullum de iure Prætorio, cum ius Prætorium confirmet ius ciuile, non autem oppugnet, vt in princ. infra, de bon. poss. & contra tab. datur filio in potestate, ad effectum, vt magis succedat, nõ autem vt minus succedat, ideo augetur ruptelam, non impedit, vt patet ex ratione posita in l. 4. §. emancipatus, ff. de contra tab. Confirmatur hæc ratio ex Zucchardo, in d. l. posthumo, num. 223. dicente quod non potest intrare caput suum quod Prætor, qui valuit adiuuare successiones filiorum præteritorum, fecerit de testamento nullo testamentum validum.

Respondetur, quod Prætor maximam fuit sequutus æquitatem, subueniẽdo filijs, vt essent sine damno, & ipsis testamentis ne faciliter rumperentur, & æquius fuit facere quod testamentum valeret, & rumperetur per omnes filios si putauerint sua interesse, quam facere quod esset nullum, attento, quod satis per nullitatem iuris ciuilis erat filius in potestate prouisum; Prætor enim volens dilatare successionem testamentariã, & euitare ruptelam testamenti, quæ fiebat sine vtilitate filiorum, inuenit formam testamenti validam, quam noluit rumpi ita faciliter, sicut rumpitur facile forma iuris ciuilis, propter vtilitatem reconualescentiæ, & vt defunctorum solemnitates, & voluntates facilius haberent exitum; cessante ergo interesse filiorum, æquius fuit facere quod testamentum valeret ab initio, deinde rumperetur.

58 Tertio tamẽ mouetur Alex. maior est defectus prę teritionis quàm numeri testiũ, patet: quia testamentũ sustinetur licèt interueniat defectus numeri testiũ, l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de test. & tamen non sustinetur aduersus defectum præteritionis, l. si filius qui in potestate, ff. de liber. & posth. vndè videmus, quod prę teritio filij ignoranter à milite facta, reddit testamentum nullum, l. sicut certi, l. sequenti, C. de test. milit. & tamen defectus numeri testium non viciaret, l. 1. l. Lucius, cum ibi not. ff. eod. tit.

Respõdet Ias. quod aliud est de iure ciuili, aliud de iure Prætorio, nam de iure ciuili propter præteritionem est defectus in forma essentiali, & in testibus est defectus solemnitatis, sed de iure Prætorio propter præteritionem, non est defectus in forma, & propter defectum testium inducitur defectus formæ essentialis, vt infra dicemus in argumento pro parte contraria, ideo non potest inferri de vno ad aliud, propter rationum diuersitatem, cum enim solemnitas fuerit inducta de iure Prętorio, vt supra in princ. de testam. & ideo etiã de iure Prætorio quandoque sustinetur testamentum, non obstante defectu præteritionis, l. filio præterito, l. posthumos, ff. de iniusto, rupto. & sic apud Prætorem non est maius vicium.

Quarto argumẽtatur Alex. pro communi, quod sit nullum ipso iure Testamentum secundum, in quo filius est præteritus, non rumpit testamentum primum, l. si filius in potestate, ff. de liber. & posth. & non valet de iure Prætorio, quia si valeret, rumperet, cum testamentum secundum ex quacunque causa validum rumpat primum, l. cum in secundo, ff. de lib. & posthum. vbi in fine dicitur, quod si in secundo testamento institutus est hæres sub conditione impossibili, rumpitur testamentũ, secundum unam lecturam, ergo si testamentum valeret de iure Pretorio, rumperet primum, at non rumpit, ergo est nullum ipso iure.

Respondetur, non valere consequentiam, testamentum secundum in quo filius est præteritus non tollit primum, ergo nullo iure valet; quia stant simul quod possit valere de iure pretorio, non tamen de iure ciuili, & tamen non tollatur primum, d. l. cum in secundo, vbi glos. & Bart.

Item potest responderi, quod d. l. filius in potestate, loquitur de iure ciuili tantum, sed de iure Pretorio secundum testamentum in quo filius est prę-

teritus

teritus, rumpit primũ, l.ex duobus, §.si prius, ff.de contra tabul.

Quinto comprobatur ex l.non putauit, §.à primo, ff.de contra tab.vbi filio in potestate præterito ille gradus est nullus, etiam de iure Prætorio, sicuti est de iure ciuili, l.3.§.fina. ff.de lib.& posthum.

Respondetur, quod imò primus gradus non est nullus simpliciter, sed quando hęredes mortui sunt viuente testatore, & effectus fuit caducus; at quando non superuenit aliud impedimentum, præsupponit testamentum valere, non obstante præteritione, cum dicat nasci contra tab.& propter hoc contradicit, l.3. §. fin. ff.de lib. & posthum. ergo text. ille probat contrarium, quod non obstante præteritione, testamentum valet, quando alius defectus non impedit.

Sexto & vltimo alijs omissis mouetur Aretin.ex l.posthumus, ff.de iniusto rupto, vbi speciale est, quod valeat testamentum, quando præteritus moritur, ergo est Regula in contrarium, quod non valeat.

Respondetur, quod est speciale de iure ciuili, quod reconualescat, vt notatur in d.l.posthumus, & l.filio præterito, & ita soluebat Decius in dicta l.posthumo.

Secundo respondetur, quod textus ille loquitur de iure Prætorio, secundũ communem intellectum illius text. Nec obst. dicere, si ibi est speciale quod valeat, ergo ab initio non valebat, nam hoc non sequitur, sed infertur contrarium: quia si potest reconualescere, ergo ab initio valuit, quia testamentum ab initio nullum, non potest per solam mortem præteriti reconualescere, l. vnoris abortu, C.de posthu. hæred. instit. l.si filius, ff. de lib. & posth.§. 1.& in princ. huius nostri tituli.

59 Cum igitur opinio communis nõ subsistat, ideo opinionem contrariam sequuti sunt quamplurimi, & in primis quod imò valeat testamentum, in quo filius in potestate est præteritus, de iure Prætorio; tenuit glos.in l.posthumo, C.contra tab.glos.in l.si ita scriptum, § fin.in l.quod vulgo, in l.non putauit, §.si quis emancipatus, ff.de contra tab.glos. in l.filio pręterito, ff.de iniusto rupt.quam sequuntur Fulgos. & Roman. in d. l.posthumo, Cuman. in l. si filius in potestate, vbi etiam Socin. ff.de lib. & posthu. Theophil. in §.non tamen, infra quemadmod.testam. infirm, & Riminald.in d.l.posthumo, num.6.

Pro qua primo loco mouentur præfati Scribentes. Bonorum possessio contra tab. datur ad rumpendum, l.1.in princ. ff.de leg.præst. ibi, iudicium patris rescindunt, l.vt liberi, in fine, C.de collat. ibi, rescisso, l.fin.C.de liber. præter.ibi, per contra tabulas stare non patiatur, ergo videtur quod valeat: nam quod nullum est, rescindi non potest, l.nam & si sub conditione, §.post defectum, ff.de iniusto rupt. ergo ab initio valet de iure Prætorio.

60 Respondet Decius in dicta l.posthumo, & alij, quod contra tab.rumpit testamẽtum quatenus de facto processit, vt in simili notat glos. in verbo, infirmabitur, ff.de seruit. Secundo respondetur Paul. Castr.quod illa bonorum possessio datur ad declarandum nullum, non autem ad rumpendum. Tertio respondetur, quod d.l. 1.loquitur de filio emancipato, vt suadetur ex natura tituli, quia filius in potestate non soluit legata relicta liberis & parentib. l.is qui in potestate, l.si duo, eod.tit.

Secundo tamen pro opin. contra commun. facit: Contra tabulas datur ex testamento, §.sunt autem, infra de bonor. poss. ergo videtur quod valeat testamentum.

Respondetur ex Alexan.quod dicitur bonorum possessio contra tab.ex testamento, quia non potest competere nisi factum sit testamentum, & contra tabulas in filio pręterito in potestate non infert validitatem testamenti, ergo.

61 Tertio pro opinione glossatum mouetur: testamenta nulla non sunt testamenta, l.2.§.1.ff.quemadm. test. aper. l.quod vulgo, ff.de contra tab. l.2. §.exigit, ff.de bonor.poss.secundum tab.ergo si testamentum esset ipso iure nullum, de iure Prætorio bonorum possessio contra tab.nõ daretur, at datur, ergo est aliquid.

Respondetur primo ex Alex.& Decio, quod dicuntur testamenta largo modo, vt sentire videtur textus in d.§.1. l.2. & quod tabulæ nullæ dicantur tabulæ, est text.in l.1.§.hoc interdictum, ff.de tab. exhib. l.si quis legatum, ff. de fals.

Secundo respõdet Zucchar.in d.l.posthumo, nume. 115. quod edictum fuit factum principaliter propter emancipatos filios, quo casu tabulę valebant, & in consequentia postea extensę fuerunt ad filios in potestate præteritos.

62 Quarto mouentur DD. secundum tabulas, & contra tabulas sunt cõtraria, & sicut præteritis datur contra tab.ita institutis datur Secundum tabulas, sed secundum tabulas, non potest dari nisi pro valido testamento, ergo de iure Prętorio testamentum valet.

Respondet Decius, quod argumentum procedit in filio emancipato præterito, quo casu valet testamentum, sed non procedit in filio in potestate præterito, & contra tabulas non infert testamentum valere.

Quinto confirmatur, ex l.filio pręterito, ff.de iniusto rupt. secundum Curt. vbi testamentum valet non obstante pręteritione, ad idẽ facit tex.in l.posthumus, ff.eod.

Respondetur prout faciunt Decius Ias.& cęteri omnes, quod ille text.probat contrarium, vt etiam animaduertit Zucchar.num.118.in d.l.posthumo, quia ibi dicitur, quod licèt de subtilitate iuris fuerit nullum, tamen sustinetur, ergo ab initio erat nullum, sed postea fuit confirmatum.

Sexto & vltimo inducitur tex.in §.eadem, infra de hæred.quæ ab intest.defer. vbi dicitur, quod eadem bonorum possessio datur filio emancipato, & filio in potestate, ergo sicut datur ad rumpendum in filio emancipato, eodem modo debet dari in filio in potestate, ne diuerso iure censeantur, argum. l.eum qui ædes, ff.de vsucap.

Respondet Decius, quod non inconuenit quod eadem bonorum possessio detur filio emancipato ad rumpendum, & filio in potestate ad declarandum nullum.

Vnde videtis, quod nec etiam prędicta opinio in

iure subsistere videtur, ita, quod de facili utraque opinio in via disputatiua possit defendi.

63 Ego tamen existimo veriorem esse opin. contra communem, quod immo testamentum in quo est præteritus filius in potestate, sit validum ab initio de iure Prætorio.

Et in primis ego considero, quod institutio & exhæredatio nō est de forma testamenti de iure prætorio, forma autem iuris Prætorij in testamento, cōsistit in scriptura & septem testibus, & signis, l. 1. & 2. de secun. tab. l. posthumus, ff. de iniusto rup. §. non tamen, Inst. quib. mod. testa. infir. vnde si forma testamenti de iure Prætorio non consistit in institutione, & exhæredatione, sequitur, quod testamentum in quo sit præteritus filius ab initio valeat, cum non adsit defectus formæ sicut de iure ciuili, cuius forma consistit in institutione & exhæredatione; & quod de iure Prætorio forma non consistat in institutione, dixerunt etiam Moder. Bononien. in dicta l. posthumo, num. 46. & 47. vndè, deficiente institutione, vel exhæredatione, dicendum est, quod tale testamentum valeat, cum talis defectus non possit annullare testamentum, & ideo oportuit dare contra tab. ad rescindendum.

64 Secundo pro opin. contra communem moueor: quoties actus annullatur in fauorem alicuius, nunquam annullatur nisi ipso volente, vt per Bartol. in l. 2. C. de iure emph. sed testamentum annullatur in fauorem filij, vt est text. in §. siue igitur, iuncto §. fin autem, in Auth. vt cum de appell. cognosc. ergo est nullum volēte filio, ergò à principio erat validum, dicitur enim in §. siue igitur, quod si parentes exhæredauerint filios appositia ingratitudinis causa, & illa ab hærede fuerit probata, nullum præiudicium generari potest ipsis filijs, quo minus ex nuaro testamento ipsi possint venire ad hæreditatem patris ab intestato; subdit ibi textus, ne falsis accusationibus condemnentur, & ne aliquam circumscriptionem in parentum substantijs patiantur; considerat etiam ibi Imperator, quod testamentum annullatur in fauorem filiorum.

Nec obstat si dicat aliquis, nonne eadē regula militat de iure ciuili, & tamē conclusum fuit, quod est nullum ipso iure: nam quemadmodū de iure ciuili inductum est pro forma, vt prius filius debeat institui vel exhæredari, cui spōtæ renunciare nemo potest, l. nemo, de lega. 1. ita etiā de iure Prætorio, quia eo iure introductum est pro forma, vt filij instituantur vel exhæredentur, §. emancipatos, Inst. eod. titu. & forma non seruata actus corruit.

65 Respondetur, quod de iure Prætorio non est introductum pro forma, vt parentes debeant institue re filium aut exhæredare, licèt hoc sit de iure ciuili introductum, & ratio est: quia ius ciuile considerat vinculum patriæ potestatis, quia pater & filius censentur vna & eadem persona, l. fin. C. de impub. & alijs substit. §. ei verò, Inst. de inutil. stipulat. & filij viuente patre domini quodammodo reputantur, l. in suis, ff. de suis & legit. sed Prætor non considerat patriam potestatem, §. emancipati, Inst. de hæred. quæ ab intest. defer. non mirū si ius Prætorium non introduxit hanc formam. Neque obstat tex. in §. emancipatos, quia licèt ibi dicatur, quod filij debent exhæredari, si tamen non instituantur, Prætor dat remedium rescissiuum, & vlteriùs procedit ad inueniendo bonorū possessionem contra tab. vndè succedit doctrina Bart. in l. non dubium, C. de leg. nu. 11. quo in loco quærens Bart. quando pactum contra legē dicatur inutile, dicit, quod quando lex vltrà processit, dando modum infirmandi, infirmabitur eo modo; ita in casu nostro, Prætor eo d. §. emancipatos, vlterius processit, dando modum infirmandi testamenti, in quo filius non fuerit hæres institutus, neque exhæredatus, s. per bonorum possess. contra tabulas. ergo contra tabulas infirmabitur.

Nec obst. si dicatur, quod hoc non fuit inductum in merum fauorē filij, quia imò etiam in odiū patris prætereuntis, l. fin. C. de postk. hæred. inst. nam respondetur, quod cum lex vlteriùs processerit, dando remedium rescissorium, non videtur considerasse, quod in odiū patris esset nullum ipso iure, sed ita demū, si præteritus filius contra tab. intentauerit, & ideo in isto casu solus fauor filij consideratur.

Tertiò ego considero pro hac opin. contra communē, tex. in l. ex duob. §. si prius, ff. de contra tab. vbi si primū testamentum sit iurè factum, in quo sit exhæredatus filius, & deinde sit factum secundum in quo filius est præteritus, dubitatur, an testamentum primū sit ruptum, & dicitur quod non obstante præteritione, non est ruptū, imò, per eum primum tollitur, dummodo in secundo non sit alius defectus quàm præteritionis, & ita hunc text. ad aliud inducit Decius in dicta l. posthumo, quem sequuti sunt Moderni Bononien. ibi, num. 50.

66 Quarto augetur dicta opin. ex hoc, quod s. diximus, quod bonorum poss. contra tab. datur ad rumpendum, l. vt liberis, in fi. C. de collat. ergo testamētum valebat ab initio. Nec obstat si dicas, quod tex. ille loquitur in filio emancipato: quia respondetur, quod text. ibi loquitur generaliter, comparando bonorum poss. contra tab. querelæ quæ omni filio rumpit testamentum, ergo est text. ibi generalis, quod bonorum possessio cōtra tab. in omni filio rumpit testamentum, ergo antea valebat, cū id quod non est, rumpi non possit, l. nam & si sub conditione, §. post defectum, ff. de iniusto rupto.

Nec obstat, quod rescissio fiat quatenus de facto processit, quia verum est, quando ex actu nullo sequuta fuit executio, vt quia res tradita fuit, nam tunc fit rescissio illius traditionis, argumen. §. fin. infra, quibus modis toll. obligat. l. ab emptione, ff. de pact.

67 Quinto deducitur ratiocinatio, de qua per Mod. in d. l. posthumos, Prætor non curauit de suitate, quia æquiparat emancipatos filijs in potestate, in successione, & rescindit capitis diminutionem eorum, l. sed cum patrono, §. 1. ff. de bonorum possess. ergo sicut testamentū valet præteritione filij emancipati, ita etiam filij in potestate præteritione.

Nec obstat resolutio Decij, quod Prætor non curat de suitate in casibus, in quibus hoc dixit, contrarium disponendo, sed quando non dixit, remanet adhuc differentia, quam ipse considerat, l. illud, §. ad testamenta, ff. de contratabulis. Nam respondetur, quod in hac parte testamenti institutionis & exhæredationis expressè non curauit

S de sui-

desultare, quia noluit eos succedere per modum iuris ciuilis, continuando in eis dominium, nec faciendo eos hæredes ipso iure, l. emancipati, & l. infantis, vbi scrib. C. qui admitti, & ideo institutio & exhæredatio non est de forma.

Sexto & vltimò considero text. in l. 2. §. expectandi, ff. de bon. poss. secundum tabul. vbi text. vult, quod secundum tab. cesset, donec potest dari contra tab. & si illa sit finita, quod competat secundum tabul. sed contra tab. non datur nisi propter præteritionem, vt dixi in Rubr. de bon. poss. ergo præterito filio valet testamentum, cum detur secundum tab. quæ non competit nisi ex tabulis validis. l. 2. §. exigit, ff. de secundum tab.

Nec obstat responsio Alex. quod loquatur in emancipato præterito, quo casu secundum omnes valet testamentum, l. filium, & ibi gl. ff. de contra tab. Nam hæc responsio est merè diuinatiua: nam sicuti titulus ille loquitur de contra tab. quæ datur omnibus præteritis, ita etiam & illa lex, vt sentit etiam Decius in d. l. posthumo.

Nec etiam obstat respõsio aliorum dicentiũ, quod ibi datur contra tab. quia repudiatio confirmatur: Nam replico vnà cum Rimiualdo, in d. l. posthumo, quod ibi obstat verbum reuertitur, quod denotat ab initio competijsse secundum tab. Item est falsum, quod testamentum nullum propter defectum formæ possit reconualescere, quia approbatio filij non potest facere quod vna res sine forma possit esse in rerum natura, l. cum precatio, ff. de precar. notatur in l. 2. ff. si cert. petat.

Et ex his firmo veriorem esse opin. cõtra cõmunem, quod testamentum in quo est præteritus filius in potestate, de iure Prætorio, ab initio non sit nullum, sed valeat, & deinde rescindatur per contra tabul.

68 Accipio nunc glos. in verbo, Nemo, quæ diuiditur in duas partes. In prima opponit contra tex. in secunda dupliciter soluit. Secunda ibi, Solutio.

Pro expeditione primę partis oppono vnà cum glos. contra text. dum in eo dicitur, quod si filius præteritus viuo adhuc patre decedat, tamen testamentum est nullum.

Contra quod dictum Imperatoris oppono inquam de text. in l. filio præterito, ff. de iniust. rupt. vbi si filius agnoscet partem à fratribus, vel à bonis patris se abstinuit, licèt subtilitas iuris refragari videatur, attamen voluntas testatoris ex bono & æquo tuebitur, ergo.

In secunda parte glos. soluit duobus modis. Primo inquit, quod in l. filio præterito, filius viuit, hic non, ergo est diuersus casus à casu nostro.

Secundo inquit, vel hic de iure stricto proceditur, ibi ex bono & æquo.

Circa quam solutionem glos. Fabr. Aret. Port. & Tobias hic, dicunt neutram ex prædictis solutionibus per se consideratam sufficere, sed ambas simul esse iungendas, videlicèt, vt distinguamus sic; Aut filius in potestate iam natus præteritus moritur in vita patris, & tunc testamentum est ipso iure nullum, vt hic, & est text. expressus in l. si filius eius qui in potestate, ff. de lib. & posth. aut si post mortè patris decedit, & gl. hic, & in d. l. filio præterito, simpliciter dicunt, quod valet testamentum: & hoc intelligitur ex bono & æquo, & hoc indubitatè, quando filius superuiuens expressè confirmauit testm̃, puta, quia dixit se nihil velle de hæreditate patris sui. Sed maior difficultas est, si superuiuens patri, decedat antequam declarat suam voluntatem, quod velit approbare testamentum? quo in casu & glos. hic, & in d. l. filio pręterito, videntur velle, quod sufficiat quod filius superuiuat etiam quod non approbet, quasi, quod sola vita ipsius absque alia confirmatione satis sit ad ipsum testamentum confirmandum. Sed contra istas gl. facit primo text. in d. l. filio pręterito, ibi, se abstinuit, quod non videtur dictum sine misterio.

Secundo, quia magis peccat, & maior est impietas prętereundo filium iam natum, quam posthumum nasciturum, qui nondum est animal per se, sed portio viscerum matris censetur, l. 1. §. ex hoc rescripto, ff. de ventre inspic. quod patet etiam, quia difficilius reconualescit testamentum nato pręterito, quàm posthumo, sed posthumo nato et mortuo, ante approbet, reddit testamentum inutile, ergo multo magis nato prætèrito. Maior probatur in l. posthumus, ff. de iniusto rupt. & in l. si filius, ff. eod. Minor verò patet ex l. 2. C. de posth. hæred. instit.

Quare Aret. Fab. & Moderni dicunt, quod ad hoc, vt valeat testamentum, exigitur quod per aliqua signa pręteritus ostendat se confirmare testamentum, aliàs si præmoriatur antequam sit manifesta eius voluntas, testamentum remanet inutile.

Sed nunquid sufficiat quod quocunque modo filius qui vult approbare testamentum manifestauerit voluntatem suam? & de hoc sunt variæ opin. vt per Aret. hic: nam quidàm vt Rainer. de Forli. dicebant, quod filius cõfirmare intelligitur si expressè renunciauerit iuri dicendi nullum. Alij dixerunt, quod supra hoc procedat confirmatio verbis expressa. Alij, vt Fulgos. dicũt, satis esse quod non agnoscet partem suam ab institutis, & sic innuunt sufficere confirmationem facto declaratam. Alij, vt Bart. in d. l. filio, asserebant per taciturnitatem vnius anni intelligi à pręterito in potestate confirmatam voluntatem, per tex. in l. si impubes, §. fin. cum glos. ff. de Carbon. edicto, in qua sententia residet hic Faber, qui tenet quoquo modo posse cõfirmari testamentum, siue verbis, siue facto, puta, quia fortè pręteritus permisit labi tempus sibi præstitum ad abstinendum, vel recipiendum, iuxta l. si quis instituatur, §. 1. ff. de hæred. inst. & not. in l. 2. ff. de except. rei iudic. vel petijt legatum sibi relictum in testamento: nam hoc ipsum videtur testamentum confirmare, vt in l. si pręteritus, de contra tabul.

69 Ex dictis supra plures colligũtur conclusiones, prima est testamentum filio in potestate pręterito mortuo ante ipsum patrem disponentem, nullius esse momenti, nec regulariter posse conualidari. quæ Conclusio clara est ex tex. nostro, & in l. si filius qui in potestate, ff. de lib. & posth. & eam sequuntur Doctores communiter, in l. posthumo, C. contra tabul. & in dicta l. filio pręterito, de iniusto rupto.

Ampliatur, vt adeo sit nullum, ac nullius effectus, ita, quod si antea aliud testamentum validum fuerit factum, non vicietur seu reuocetur per secundum vltimo loco confectum, vt est tex. in l. si filius, ff. de lib. & posthum. licèt aliàs primum testamentum reuocetur per secundum, arg. l. 4. ff. de adimend. leg. Cuius ampliationis ratio est, quia perfectum non reuocatur per imperfectum, l. hac consultissima, §. si quis, in princ. C. de testament.

70 Secunda est Conclusio testamentum filio in potestate præterito, & post mortē patris superuiuēte, nullum esse ipso iure, quam sequuntur DD. in locis præmonitis, quæ & multis modis ampliatur.

Primò, siue dicat nullum filius se immiscendo, partem à fratribus auocando, vt est text. in d. l. filio præterito, siue etiam taceat, & se non immisceat, nec nullum dicat, nam etiam eo casu testamentum est nullum filij præteritione secundum opin. communē, quā nos 7. firmauimus latissimè explicādo.

Secundo ampliatur vt procedat, quamuis filius consentiat, & sic expressè approbet testamentum, se abstinendo à bonis paternis; nam nihilominus de rigore iuris, testamentum erit nullum, per text. in d. l. filio præterito, vers. quod si bonis, &c.

Tertio ampliatur, vt prædicta procedant, etiam de iure Prætorio, mero iure; nam quemadmodum filio præterito superstite post mortem patris testamentum est nullum de iure ciuili, siue dicat nullum, siue taceat, & etiam si expressè approbet, ita & de iure Prætorio, per text. in l. 1. §. fin. ff. si tabul. testam. null. extab. dixit Bellon. hic, num. 5. in 2. Conclusione.

Quarto & vltimo ampliatur, vt non solum sit nullum testamentum filio præterito in potestate existente quo ad institutionem hæredis, sed etiam quo ad legata & libertates; nam eo casu filio præterito nec legata debentur, nec libertates competunt inquit I. C. in d. l. filio præterito, in principio. Quæ quidem ampliatio hodierno die locum non habet, per Authen. Ex causa, C. de lib. præter. nam licèt de iure antiquo filio præterito legata non deberentur, nec etiam libertates in testamēto relictæ, tamē hoc fuit correctum, & inductum, vt propter hanc præteritionis causam testamentum sit nullum, quo ad hæredis institutionem, non autem quo ad legata, & alia quæ in illo fuerunt disposita, d. Auth. Ex causa, & nonnulla fortasse de hoc infra dicemus.

71 Tertia & vltima est Conclusio. Testamentum filio præterito in potestate, & illud confirmāte, deinde decedente ex bono & æquo sustineri, ita sequuntur DD. tum hic, tum in d. l. filio præterito.

Sed quoniā hoc non transit sine difficultate maxima, ideo aliqualiter insistam.

In hoc igitur articulo ego tres reperio diuersas Interpretum sententias.

Prima est, quod tale testamentum reconualescat de æquitate ciuili, quam tenuit gl. in l. si duo, ff. de lega. præstan. quam deinde sequutus est Ang. in l. filio præterito.

Secunda est opinio contraria præcedenti, quod testamentum reconualescat de æquitate Prætoria, & ista est communis.

Tertia & vltima fuit existimantium testamentum non valere, nec de æquitate ciuili, vel Prætoria; sed omni iure semper fuisse nullum. Videamus ergo quęnam ex his sit verior.

Pro opin. Angeli, quod valeat de iuris ciuilis æquitate, deducitur

72 In primis tex. secundum eum, in d. l. filio præterito, ff. de iniusto rupt. qui quidem tex. loquitus sim pliciter, & ponit æquitatem Iurisc. & iuris ciuilis, l. ius autem, ff. de iust. & iu. nullum autem verbum iuris Prætorij, ergo reconualescit de æquitate ciuili.

Ego autē, qui non sum assequuturus hanc opin. Respondeo, quod illa verba ex bono & æquo tuebitur, non possunt verificari in æquitate ciuili, nam cum ius ciuile induxerit pro forma, quod filius in potestate debeat hęres institui vel exhęredari, aliàs eo præterito testamentum sit nullum, non est dicendum postea quod velit ex benignitate & æquitate illud valere, si filius deinde expressè vel tacitè illud approbet, cum sit quod forma non seruata, actus sit ipso iure nullus, vt supra firmauimus, ergo.

Secundo tamen confirmatur, quia bonum & æquum considerantur etiam de iure ciuili, l. 1. ff. de iust. & iure, ibi; Ius est ars boni & æqui, vndè, cum ibi tueatur testamentum ex bono & æquo, ergo tuetur de iure ciuili.

Respondetur, quod cum pro forma de iure Prętorio non fuerit inductum institutio vel exhæredatio filiorum, sed vlterius Prętor processerit dando modum infirmandi testamētum in quo fuerit pręteritus filius, illa verba (ex bono & æquo) sunt intelligenda ad ius Prætorium, cum iam de iure ciuili esset nullum propter formę defectum.

73 Tertio tamen augetur hæc Ang. opinio: nam inquit ipse, si de iure ciuili valet testamentum in quo filius in potestate consentit se præteriri, vel exhæredari, vt not. in l. si quando, §. fin. C. de inoffic. testamen. & l. non putauit, §. si quis sua manu, C. de contratabul. tanto magis debet conualescere de iure ciuili, quando filius post mortem patris approbat, quia potentius ius habet filius post mortem patris in bonis eius, quàm in vita.

Respondeo, quod non est quod filius consentiendo se præteriri faciat validum testamentum, cum nemo possit renunciare formę traditę à lege, l. nemo, de leg. 1. l. ius publicum, ff. de pact. & hoc latissimè diximus respondendo omnibus contrarijs in primo Not. in secunda limitatione, vndè aliter non refero.

Cum ergo hęc prima opinio in iure minimè subsistat, vt audiuistis.

74 Secunda fuit opinio glossæ in l. 1. ff. de petit. hæred. & in l. 2. C. de contra tab. & in l. quod vulgo, eod. titulo, quæ volunt testamentum reconualescere de æquitate Prætoria, quam deinde sequuti sunt Dyn. Cynus noster, Bart. Bald. & Castrensis in d. l. filio præterito, & in l. posthumo, C. contra tabul. & eam tenent Aret. Fabr. Bell. & alij hic, & tandem est communis opinio. De communi testatur Tobias hic, num. 12. testantur Moder. Bonon. in l. certum, nu. 57. C. vnde legi. Imola in d. l. filio præterito, num. 101.

Pro qua in primis deducitur ex Bald. certum est enim quod lex ciuilis resistit tali testamento, vt patet in l.filio præterito, ibi, subtilitas iuris refragari videatur, & d.l.inter cætera, ff.de lib.& posth. ergo non potest conualescere de ęquitate ciuili.

Ego qui nec etiam secundam hanc opin. sum secutus, respondeo, quod hæc ratio non est necessaria, quia non est absonum quod rigor iuris ciuilis vnius legis, cõtradicat ęquitati alterius legis, etiam iuris ciuilis. vndè dicimus, quod ęquitas scripta præfertur rigori, l.placuit, C.de iudic. vndè non est absonum, quod vna lex priori legi contradicat, & illam corrigat de æquitate; quam etiam rationem prosequitur Imola in d.l.filio præterito, numero 105.

Secundo pro communi facit: nam si reconualesceret de iure ciuili, & de eius æquitate, tunc daretur casus ex eo testamento hereditatem adire posse institutum, & sic deberet tolli primum præcedens testamentum per secundum, in quo filius est in potestate præteritus, vt inquit glos. in l.cum in secundo, ff.de iniust.rupto, l.3.§.sed si stãte, ff.de iniusto, rupto testamento, l.pater filio, ff.de hered.inst. sed hoc est falsum per tex.in l.si filius qui in potestate, ff.de lib. & posth. ergo reconualescit de ęquitate Prætoris.

Respond. hoc contrarium procedere, quando ex secundo testamento non posset hæreditas adiri de iure ciuili absq; alia confirmatione, & sic, quando à principio esset aliquod; sed hic ab ipso principio est nullum, nec potest adiri nisi superueniente confirmatione, ideo non tolli primum.

75 Tertio & vltimo alijs omissis deducitur tex. in l. filio præterito, ff. de iniust.rupt. in quo consistit tota quæstio, dicitur enim ibi, quod si filius bonis paternis abstinuit, licèt subtilitas iuris refragari videatur, attamen voluntas testatoris ex bono & æquo tuebitur, ergo valebit de æquitate Prætoria.

Respondetur, quod ille tex. nõ probat: nam non est illius legis sensus talis, cũ ibi apud ipsum I.C. non sint prolata verba respectu validitatis testamenti, sed ibi erat tantum dubitatio, an filio præterito, legata & libertates deberentur: vnde distinguendo ait I.C. non deberi, si præteritus hæreditatis paternæ à fratribus, partem suam ab intestato petat; si verò ab ea se abstineat, licèt iuris subtilitas refragari videatur, tamen de æquitate voluntas testatoris tuebitur, idest defendet & conseruabit legata & libertates; & hunc intellectum sequuntur Bart. in d.l.filio præterito, & Alex. in l.posthumo, nu.8. C.de contratab. Hunc eundem intellectum amplexi sunt Cuman. in l.si filios qui in potestate, num.9. ff.de lib.& posth. Zucchard. in d.l.posthumo, nu.48. Tobias hic, num.13. & Picenard. hic, pag.32. quem & ego libentissimè assequor.

Confirmatur iste intellectus, ponderando illa verba, licèt subtilitas iuris videatur refragari, quæ innuunt, quod ex quo ipsi instituto competit beneficium contratabulandi ratione fratris prętetiti, & per consequens eá attenta legata non deberet, tamen de æquitate Prætoria præstantur, & sic non quæritur de validitate testamenti.

Secundo confirmatur ex primo responsio illius legis, in quo tantum de validitate legatorum agitur, non institutis, ergo vt in paribus terminis recta sit differentia, & vt congruat quæstioni, quæ elicitur ex d.primo, dicendum est, quod ibi agatur tantum de legatorum validitate, argum. §. pręterea, infra, de inutil. stipul. & sequentia ex præcedentibus declarantur, l.hæredes, §.si quis post, ff.de testam.l.si seruus plurium, ff.de leg. 1.in fine.

Augetur & tertio, nam si illi fratres instituti testamenti viam elegissent, distinctio illius legis non procederet, sed omnibus legata præstarent, quamuis pręteritus partem suam auocaret, l. si duo, ff. de leg.præst.

Nec obstant quod dicebant aliqui nouissimi, quorum Commentaria manu scripta circunferuntur, quod in primo responso licèt faciat I.C. mentionem de legatis & libertatibus tantum, tamen etiam de hęredis institutione intelligitur, ita, quod si filius in potestate pręteritus dicat nullum, erit nullum etiam quo ad institutionem; quia difficilius vitiantur legata & libertates, quàm institutio, argumento Auth. Ex causa, C.de liber.pręter. at per l.filio, vitiãtur legata, ergo & institutio. Nec obst. secundum eos, quod de legatis tantum in primo responsio sit facta mentio, quia dicunt ipsi hoc factum fuisse, quia de ijs erat maior dubitatio, per supradicta.

Nam respondeo, quod hęc consideratio pessima est: nam si filius dicat nullum, clarum est, quod non potest intelligi respectu institutionis, sed tantum respectu legatorum & libertatum, cum jam institutio hęredis ipso iure esset annihilata ex defectu formę, d.l. inter cętera, aliàs ille tex. respectu institutionis esset de indubitabili, contra l.quod Labeo, de Carb.edicto, ergo dicendum est, ibi quæri tantum de validitate legatorum. Est ergo planus & clarus iste intellectus, qui videtur magis communis ad hanc l.filio præterito.

76 Cum igitur hucusque nec opinio communis, nec contra communem in iure probetur; Ego ausus sum vnà cum doctissimis uiris tertiam attentare opinionem quod tale testamentum non reconualescat, nec de ęquitate ciuili, nec de æquitate Prętoria, sed semper, & omni tempore sit nullum; quam etiam insequuti sunt Tobias & Picenard. hic, & ante eos illam defendit Ciuis noster Paul. Florauantius in secunda parte Centurialis suarum disputationum, Conclus.4. & nonnulla etiam tradidit in prima parte Conclus. secunda. Probatur in primis

Quod sit nullum de ęquitate ciuili, patet: quia deberet secundum testamentum in quo filius est pręteritus tollere primum, per d.l.3.§.sed si stante, ff.de iniust. rupt. sed hoc est falsum, per l. si filius qui in potestate, ff.de liber.& posth. ergo.

Quod etiam non valeat de ęquitate Prætoria, vltra supra deducta, probatur ex l.prima in fine, ff.si tabul.testamen.null.extabunt, l.fin.ff.de liberis & posthum. vbi propter præteritionem filij in potestate, ab initio Pręetor defert bonor. possessionem, Vnde liberi, ab intestato, emancipato, exheredato, in testamento in quo filius præteritus est, quod esse non deberet, si ab initio esset aliquid

de iure Prætorio, per regulam l. antiquæ, C. commun. de success. vbi, quamdiu potest esse locus successoris ex testamento, non habet locum ab intestato, l. quamdiu, ff. de acquirenda hęred. si ergo non reconualescit nec de iuris ciuilis, nec iuris Prętorij ęquitate, ergo nullum erit omni iure, nec vnquam reconualescere poterit.

76 Secundo moueor, sublato fundamento corruit superędificatum, cap. cum Paulus, I. q. I. cum similibus; at communis opinio quæ vult tale testamentum reconualescere de iure Prætorio, fundatur in d. l. filio præterito, quę lex nihil probat, vt audiuistis, imò potius in contrarium retorquetur, ergo corruit quoque ipsa opinio communis.

Tertio moueor per tex. nostrum, cum suis similibus iuribus, in quibus omnibus disponitur, quod præterito filio in potestate testamentum est nullum, ita vt ex eo hæreditas adiri non possit, ergo omni tempore, & omni iure inualidum est.

Quarto considero, quod si in facultate præteriri esset confirmare testamentum, sequeretur, quod si in eo essēt instituti extranei exhęredatis filijs, quod ipsis filijs eriperetur ius dicendi nullum eis quæsitum ex præteritione illorum, quod esset absurdum, & contra text. in l. si post mortem, §. fin. & l. illud, §. fin. & l. non putauit, §. fin. ff. de contra tab. & in specie esset contra text. secundum Aretin. in Authen. Vt cum de appellat. cognos. §. siue igitur, vbi dicitur, quod liberis præteritis testamentum, quo ad institutionem non valet, & cohæreditas deuoluitur ad succedentes ab intestato, nō videtur quod approbatio præteriti quicquam possit operari in præiudicium tertij, & aliorum, qui habent ius quęsitum, d. l. fin. ff. de lib. & posthum.

Et ex his concludo contra commun. quod testamentum in quo sit filius præteritus, licèt ipse id approbet, vel tacitè vel expressè, non reconualescat de iuris Pręto rij ęquitate, nec de æquitate ciuili, sed semper omni iure, & omni tempore sit inualidum.

77 Accipio gl. in verbo cōstiterit, quæ diuidi potest in duas partes, in prima ponit limitationē ad text. nostrum, in secunda affert limitationis rationem, secunda est ibi, nec mirum.

Pro expeditione primæ partis dicitur in tex. nostro, quod testamentum in quo filius est præteritus, nullum est, etiam si filius viuo adhuc patre moriatur, quia scilicet ab initio non constiterit testamentum, glo. limitat hoc dictum non procedere, quando testamētum ab initio constitit, postea autem ruptum fuerit agnatione posthumi, quia si ipse posthumus viuo patre moriatur, reconualescit testamentum, vt ff. de iniusto rupto, l. posthumus, in princ. vbi talis erat casus: quidam condidit testamentum, & instituit sibi hæredem extraneum pręterito posthumo sibi nascituro, qui natus est viuo testatore, & eo adhuc viuo decessit, quærebatur, nunquid testamentum illud deberet valere? & pro ratione dubitandi videbatur dicendum, quod non valeret: quia natiuitate ipsius posthumi ruptū fuit, vt est tex. in l. 3. §. his, ff. eod. tit. de iniust. rupt. nam licèt decesserit viuo adhuc testatore, tamen cum semel ruptum fuerit testamentum natiuitate illius, videbatur quod non reconualesceret: Contrarium tamen deciditur ibi, licèt enim iuris scrupulositate, nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen de æquitate reconualescit, & scriptus hæres obtinebit; allegat etiam glo. text. in §. posthumi, ver. quod & filio, sup. eod. qui text. probat solum, quod filio posthumo præterito valet quidem testamentum ab initio, sed postea natiuitate ipsius rumpitur.

In secunda parte glo. affert rationem, quare testamentum quod agnationem posthumi ruptum est, si tamen viuo adhuc patre moriatur reconualescat, & dicit, quia scilicet, ab initio nō rumpitur, sed agnatione posthumi, ideo eo mortuo reconualescit, vult dicere glo. quod testamentum, in quo præteritus fuit posthumus, ab initio valuit, vnde licèt postea natiuitate eius rumpatur, tamen si viuo patre moriatur, reconualescit, quia facilius conualidatur quod ab initio quandoque valuit, quàm quod semper ruptum fuit, argum. l. quæ ab initio, ff. de reg. iur.

78 Ex qua glos. s. elicitur Conclusio. Posthumo præterito qui si natus esset tempore conditi testamenti, futurus fuisset suus, & in potestate testantis, testamentum ab initio valere, non autem esse nullum ipso iure, quam sequuntur DD. communiter, tùm hic, tùm in l. posthumo, C. de contra tab. vbi Decius nu. 3. Zucchard. num. 1. & Moder. Bonon. nu. 14. & probatur in primis es §. posthumi, infra eod. tit. nostro, ibi, præterito, valet quidē testamentum, l. 3. §. ex his, ff. de iniusto rupt. item probatur ex d. l. posthumo, inducendu à contrario sensu, vt notant ibi Interpretes.

Ratio autem secundum DD. communiter est, quia ipse posthumus antequam nascatur, non dicitur esse in potestate, & per consequens non dicitur suus hæres, l. fin. ff. de collat. l. 2. ff. de assignat. liber. ille enim qui non est in potestate, non potest dici suus hæres, §. emancipati, infra, de hæred. quæ ab intest. defer. l. lege Cornelia, ff. de testam. & quod ante natiuitatem non sit suus, patet ex l. 1. §. toties, & §. sed si incertum, ff. de ventre in poss. mitt. l. Gallus, §. nunc de lege Velleia, ff. de libe. & posth. in quibus dicitur, quod posthumus ante natiuitatem non est homo, §. cū quæritur, infra, de hæred. quæ ab intest. defer. l. posthumus, in princ. ff. de inoffic. testam. l. posthumo, C. de collat. & non entis nullæ sunt qualitates, l. pen. in fine, ff. si cert. pet. & hæc fuit ratio Bald. in l. si pater, in 9. opposit. C. de instit. & subst. quam deinde sequuti sunt omnes in d. l. posthumo.

79 Sed contra hanc communē instari potest rationē: nam videtur frustratorium quod dicamus ante natiuitatem non rumpi testamentum, cum nos habeamus quod illi qui sunt concepti, pro natis habeantur, l. qui in vtero, ff. de stat. homin.

Ad hanc difficultatem respondet gl. in l. 3. §. ex his, in ver. nascantur, ff. de iniusto rupto, quæ dicit quod non semper conceptus habeatur pro nato, quia potest nasci abortiuus.

Sed hæc solutio mihi non placet, quia semper esset hæc dubitatio, ita, quod nunquam posthumus haberetur pro nato, contra d. l. qui in vtero.

Secunda ergo fuit ſolutio quod hic pro non nato habeatur fauore teſtamenti, ne id rumpatur, argumento l.vel negare, ff.quemadm. teſt. aper. l.ſi pars, ff.de inoffic. teſt. l. Gallus, §. quod ſi is, vbi Bal.in 3.not. ff.de lib.& poſthum.

Sed hęc reſolutio videtur periculoſa: nam fauor filiorum præponitur fauori teſtamenti, & magis filiorum fauor attendi debet, l.cum quidam, ff.de lib.& poſth. l.ſi ita facta, ff.de iniuſto rupt. Dec.in d.l.poſthumo, num. 2. & in l.omnia ferè, ff.de reg. iur. Nec obſt. text. in l.vel negare, cum alijs ſupra deductis, quia reſpondetur, quod ibi illa iura loquuntur in caſu claro, in quo conſtabat de clara mente teſtatoris, quod filius exhęredaretur, vnde non præſumebatur patrem ſine cauſa exhæredaſſe filium, ideo ibi præſumptio erat contra filium, ita quod tenebatur probare ſe fuiſſe gratum, quod ſecus eſt de iure Codicis, de quo iure pater, aut hæres tenetur probare, l.liberi, l.omnimodo, C.de inoffi. teſtam. Bart.in l.iuriurandi, ff.de oper. liber. vndè, cum hic agatur de commodo filij, cum ſimus in caſu claro, illorum fauor præponendus eſt fauori teſtamenti, ergo hæc reſolutio eſt dubitabilis & ambigua.

Tamen non eſt ab ea recedendum, quia ante natiuitatem poſthumi attenditur fauor teſtamenti, poſt natiuitatem attenditur fauor filiorum, nec obſtat textus in l. cum quidam, cum alijs, quia loquuntur illa iura in iam natis.

Secundo reſpondetur, quod ibi agitur de interpretanda mente teſtatoris, in qua fit larga interpretatio, l.in teſtamentis, ff.de reg.iur. cum ageretur de excluſione filiorum, ſecùs tamen hic, ergo. Nec obſt. ſi diceres, imò agitur de pręiudicio poſthumi, ſi non habeatur pro nato; nam ad hoc reſpondet Decius in d.l. poſthumo, num. 3. quod hoc eſt modicum præiudicium, quod non habetur in conſideratione, eſſet enim valde durum, quo teſtamentum redderetur nullum propter poſthumum qui fortè non naſcetur.

80 Secundo contra hanc rationem facit text. in §. poſthumi, infra eod.tit.de hæred. quæ ab inteſt. defer. vbi dicitur: poſthumi quoque qui ſi viuo patre nati eſſent, in poteſtate eius futuri forent, ſui hæredes ſunt; Confirmatur, quia poſthumus habetur pro nato quo ad eius commodum, l.qui in vtero, ff.de ſtatu homin. §.cum autem, ſupra, de tutel. §.ſi quis filiabus, ſupra qui teſtamento tutor.dar.poſſ. ſed hic tractatur de eius commodo, ergo habetur pro nato, ergo eſt ſuus antequam naſcatur.

Decius in d.l.poſthumo, conatur ſub nu.3. ſoluere hanc contrarietatem, & inquit, quod poſthumus ante natiuitatem eſt ſuus hæres, d.§.poſthumi, cum l.qui in vtero, nam cum lex fingat eum natum, conſequenter fingit eum in poteſtate, & eſſe ſuum: rei autem veritate inſpecta, non eſt ſuus antequam naſcatur. Quam reſolutionem videtur etiam ſequi Aret.in d.l.lege Cornelia, ff.de teſtam.

Sed hæc reſolutio Decij improbatur ex duob. primò, quod præſupponit quod §.poſthumi, loquatur in nondum nato, quod eſt falſum, vt infra dicemus; ſecundò, quia præſupponit, ꝙ ille qui in vtero eſt, ſit fictè ſuus hęres, quod non probamus.

81 Quo ad primũ, quod text.ille in d.§.poſthumi, loquatur de iam nato, patet, quia text. ſimpliciter non inquit quod ſit ſuus, ſed quod eſt ſuus hęres, ergo intelligendus eſt de iam nato, quia donec eſt in vtero, hæres non eſt, cum conditio nihil ponat in eſſe, l.ſi quia ſub conditione, ff.ſi quis omiſ. cauſa teſtam. Confirmatur ex d.l.1.§.toties, ff.de ventre in poſſ.mitt.ibi, inter ſuos hæredes futurus erit. Item, quia nec ei confertur antequam naſcatur, l. poſthumo, cum ibi not. C.de collat. Vlterius oſtenditur ex §.interdum, eod.tit.de hæred. quæ ab inteſt.defer. vbi interdum contingit, quod ille qui non eſt in poteſtate, ante mortem parentis, efficitur ſuus poſt mortem patris, ergo datur intelligi, ex quo dicit interdum, quod ſuperius de nullo alio dixerat Imperator, qui non eſſet ante patris mortem in poteſtate, & poſt mortem efficiatur ſuus, ergo non dixit de poſthumo nondum nato, quia ille non eſt in poteſtate ante mortem patris, d.l.fin. de collat.bon. & tamē poſt mortem efficitur ſuus, d.§.toties; & hoc etiam pacto ponderant illum text.Zucchard. in d.l.poſthumo, num.4.loqui autem illum tex.in §.poſthumi, in iam nato, dixit Iaſ. in l. qui ſe patris, C.vnde libe. nu.2. Curt. iun.in d.l.poſthumo, num.25.vbi Moder. Bonon.nu.15.

Quod nec etiam ille qui eſt in vtero, non dicatur fictè ſuus, probatur: nam in his quę non ſunt vtilia eis qui in vtero ſunt, ipſi non habentur in conſideratione, l.qui in vtero, la prima, & notat gloſ.& l. qui in vtero, la 2.ff.de ſtat.homin. ſed ipſi poſthumi dum ſunt in vtero, nihil vtilitatis conſequuntur quod ſint ſui, ergo non habentur pro natis, etiam fictè. quod nihil vtilitatis habeant, patet: quia ſi non naſcātur, nihil ſunt, l.qui mortui, ff.de verbor. ſignif.ſi naſcantur viui, efficiuntur ſui hæredes, & retro finguntur ſui, ergo nihil poteſt hinc ſequi incommodi, ſi non fingantur interim ſui, vt ſentit & Zucchar. & nos infra nonnulla dicemus, ergo reſolutio Decij non eſt admittenda.

82 Vera igitur eſt ratio communis, quod ideo teſtamentum non rumpatur ante poſthumi natiuitatem, antequam naſcatur, quia non eſt nec verè nec fictè ſuus, vt in ll. ſupra citatis. Nec habet obſtate text. in d.§. poſthumi, quia vt vidiſtis, loquitur in iam nato, vt ſentit etiam Gozadin. d.l.qui ſe patris, C.vnde liber. quod confirmatur, quia ibi cum loquatur de ſucceſſione ab inteſtato, quæ non habet effectum niſi poſt natiuitatem, intelligitur ergo loqui de poſthumis natis, qui tempore mortis erāt poſthumi. Item dico, ꝙ dicuntur ſui quantũ ad effectum ſuccedendi, non autem quod verè ſint ſui.

Item, non obſt.text.in d.l.qui in vtero, quæ magis vrget: nam ex traditis ſupra reſpōdetur ex mente Moder.Ferrar.ſ.Zucchard.quod ſibi locum vendicat in his quæ vtilia ſunt poſthumo, at illi non eſt vtile vt fingatur ſuus, ergo licèt iſta mordere videātur Moder.Bonon.in d.l.poſthumo, qui volūt, quod tex.in d.l.qui in vtero, nō voluit dicere poſthumum haberi pro nato, ſed velit, quod propter talem diſpoſitionem omnia ſtent in ſuſpenſo, vt eueniente natiuitate, retro fingatur natus, & conſequatur omnes vtilitates, quas conſequutus fuiſſet ſi iam natus illo tempore fuiſſet.

Sed

Sed hæc etiam istorum resolutio nō videtur admodum concludens, cum sit quodammodo restringere dispositionem illius text. generalem, dicentem eum haberi pro iam nato.

Ideo ego aliter respondeo ad d.l. qui in vtero, quod illa lex non simpliciter est vera, vt qui in vtero est, habeatur pro nato, sed vult dicere, quod in aliquibus habetur pro nato, licèt postmodum I.C. id non probet. Ego autem probo primo per text. in l. cum quidam, §. 1. ff. de acquir. hæred. vbi ille qui est in vtero, habetur pro nato quo ad hoc, vt ipse retardet aditionem hæredis extranei instituti, donec nascatur. Secundo probatur in l. antiquis, ff. si pars hæred. pet. vbi posthumus nasciturus ex ventre, impedit sequentes in gradu adire. Confirmatur ex d. §. cum autem, supra, de tutel. vbi ille qui est in vtero, habetur pro nato, quo ad tutorem recipiēdum, & ideo tutor datus filijs, censetur datus etiam posthumis, §. si quis filiabus, supra qui testa. tutor. dar. poss. & sic illa iura declarant, quibus in casib. procedat d.l. qui in vtero, ff. de statu homin. non autem quod simpliciter ille qui est vtero, habeatur pro nato. Restat ergo firma ratio communis, quod testamentum non rumpatur, quia non est suus.

85 Potest etiam alia assignari ratio: quia circuitus sunt euitandi, l. dominus, ff. de condict. indeb. sed per hoc euitantur circuitus, quia si testamentum nullū esset ab initio, posthumus deinde abortiuus nasceretur, sicuti potest euenire, l. 2. C. de posth. hæred. inst. d.l. qui mortui, vel nullo modo nasceretur, prout est quādo mater prægnans decederet antequam pareret, deberet denuo fieri testamentum, si ab initio esset nullum, quod non est necessarium, ergo. Confirmatur; quia lex nō facit actus frustratorios, l. qui bis idem, ff. de verb. oblig. vndè dici solet, lex & natura nihil frustra operantur, lex enim imitatur naturam, §. minorem, supra, de adopt. sed si lex faceret testamentum posthumo præterito esse nullum ab initio, deinde mater pareret abortum, huiusmodi actus esset frustratorius cum nihil operaretur.

Ampliatur modo hæc conclusio, vt adeo sit verum quod diximus testamentum posthumo præterito valere, vt per id rumpatur & tollatur testamentum validum primo loco factū, si enim testator fecerit testamentum in quo posthumum instituit, vel eum exhæredauit, si postea aliud conficit testamentū in quo filius posthumus fuit præteritus, tollitur primum, text. est in d.l. 3. §. sed & si stante, ff. de iniust. rupt. vbi dicitur, quod si stante hoc testamento in quo posthumus est exhæredatus, aliud testamentum sit a quo posthumus exhæredatus nō sit, vtrumque ruptum esse, & superius per inferius, & inferius per posterius.

84 Secunda est conclusio, posthumo præterito eius natiuitate rumpi testamentum, quam sequuntur DD. in d.l. posthumo, C. de contra tab. Probatur in primis per text. in §. posthumi, infra eod. tit. nostro, ibi, sed postea agnatione postumi siue posthumæ rumpitur. Secundo per tex. in l. 3. in princ. & in §. ex his, ff. de iniusto, rupt. ibi, posthumi instituendi vel exhæredandi sunt, ne agnoscendo testamentum rumpant. Tertiu in l. nam & si, §. rumpendo, ff. eodem. vbi rumpendo testamentum posthumus sibi locum facit. Quarto probatur in l. 1. C. de hæred. instit. vel exhæred. ibi, cum agnatione posthumi vel posthumæ testamentum ruptum sit.

Declaratur hæc conclusio vt procedat, & habeat locū in posthumis suis, in his scilicet qui si nati essent tempore cōditi testamenti, sui hæredes futuri fuissent, secùs in alijs; vndè, si haben filium in potestate, & nepotem posthumum ex filio, si iste nepos posthumus sit præteritus, ac deindè nascatur, non per hoc rumpitur testamentum, vt infra dicemus in §. posthumi, eod. tit. nostro. Facit etiam tex. in §. ita demum, infra, de hæred. quæ ab intest. dixit Bell. hic, num. 6. in fine. Nunc

85 Primo ampliatur in eo qui exsecto ventre matris nascitur, l. quod dicitur, ff. de lib. & posth. ita ampliant DD. in d.l. posthumo, vbi Dec. num. 4. Mod. Ferrar. num. 4. Mod. Bonon. num. 17.

Sed cōtra hanc ampliationē obstat tex. in l. anniculus, la 1. §. fin. ff. de verb. signifi. in quo tex. admodum elaborat Ias. & ante eum Alex. in d.l. quod dicitur, habetur autem in d.l. anniculus, §. fin. falsum esse eam peperisse, cui mortuæ filius extractus est.

Respondebat Bald. in cons. 109. lib. 3. quod ille tex. procedit in extraneo, cui esset aliquid relictum sub conditione si talis mulier peperisset; secùs est in patre vel matre, d.l. quod dicitur; quam solutionem sequitur Decius in d.l. posthumo, in secunda lectura, in princ. Sed hæc solutio mihi videtur admodum diuinatiua.

Solutio ergo melior est, quam ponit Bar. in l. Arethusa, ff. de stat. hom. videlicèt; aut verba referuntur ad partum, aut referuntur ad verbum parere; si referuntur ad verbum partus, tunc propriè dicitur posthumus, & ita procedat d.l. quod dicitur, ff. de lib. & posthum. etiam quod mulier pepererit monstrum, Bart. in l. qui non liberi, ff. de liber. & posth. Fortun. in l. Gallus, ff. de lib. & posth. si verò referantur ad verbum parere, tunc non dicitur mulier parere quādo extractus est fetus exsecto vētre, sed bene dicitur natus, vt in d.l. quod dicitur, quam solutionem sequuntur Zucchard. in d.l. posthumo, num. 9. Mod. Bonon. num. 16. & Alciat. in d.l. anniculus, §. fin.

Secundo ampliatur etiam quod testamentum esset factum secundum formam Prætoriam, dum dicunt Scribentes quod vtroque iure ruptum est.

Tertio ampliatur in eo qui non sit editus integrum animal, vt quia nascatur sine pede, vel manu, vt in d.l. quod dicitur, & ibi notant DD.

Sed contra hanc ampliationem obstat tex. in l. ꝙ certatum, C. de posth. hæred. inst. vbi dicitur, quod requiritur, ꝙ posthumus sit viuus perfectè natus.

Solutio est secundum Corneum ibi, quod dicta l. quod certatum, considerat perfectionem natiuitatis, vt nihil viui remaneat in vtero, lex verò, ꝙ dicitur, loquitur de perfectione membrorum, quin sit natus, & sic aliud est perfectè nasci, aliud perfectum nasci. oportet ergo quod perfectè nascatur, d.l. quod certatum, sed non oportet quod perfectum sit animal ille qui nascitur, d.l. quod dicitur, & ideo inferebat Corneus in d.l. quod certatum, quod si incideretur vnus pes posthumo, qui nū posset exire, quod

re, quod rumperet testamentum iste posthumus, cum esset perfectè natus, quia nihil viuum remaneret in corpore.

Quarto & vltimo ampliatur vt procedat etiam in successione matris; ita cōsuluit Corn. cons. 134. vol. 2. nam cum hodie non sit differentia inter patrem & matrem, imò amplius pręteritio matris nō habetur pro exhæredatione, nisi sit inserta causa; sed testamentum maternum est nullum non seruata forma, vt in Auth. Vt cum de appell. cognosc. §. aliud quoque capitulum, quam ampliationem sequuntur Decius, & alij, in d. l. posthumo. Reliqua verò quæ essent dicenda circa hanc conclusionem dicemus infra in §. posthumi.

86 Tertia est conclusio ex hac glos. testamentum ruptum natiuitate posthumi præteriti reconualescere, si idem posthumus moriatur viuo adhuc testatore, quod secùs esse in filio iam nato supra demonstrauimus; quam conclus. glos. nostræ tenent DD. communiter, in d. l. posthumo, C. de cōtra tab. quæ probatur per text. in l. posthumus, in princ. ff. de lib. & posth quem text. supra diximus in glos. facit l. vxoris abortu, C. de posth. hæred. instit.

Sed contra hanc oppono de l. si filius eius qui in potestate, ff. de lib. & posth. vbi si filius præteritus moriatur viuo testatore, non reconualescit testamentum.

Solutio est, quod in d. l. si filius eius, loquitur in iam nato in vita testantis, nos verò loquimur de posthumo nato post mortem illius, ita soluit glos. in d. l. posthumus.

87 Sed quænam est ratio diuersitatis, quare scilicèt testamentum pręterito filio & nato in vita testatoris & eo viuente mortuo non reconualescat, & tamen in posthumo sic, vnde ob hoc valde insudarunt nostrates.

Prima ergo fuit ratio differētiæ, de qua per Fabr. hic, vt dicamus, quod bonum initium quod habuit testamentum in quo posthumus præteritus fuit, operatur istud, quod testamentum in quo est præteritus posthumus, reconualescat, quod aliàs etiam in multis prodest, l. qui vas, §. si ego, ff. de furt. l. cū filius, §. hæres, ff. de leg. 2. Facit regula quæ ab initio, ff. de reg. iur. at testamentum in quo fuit præteritus filius iam natus, ab initio nullum fuit, ideo nō reconualescit, secùs si in posthumo, infra quo ab initio valuit; & hanc rationem sequuntur DD. in l. posthumus, & in d. l. posthumū. Cyn. noster & Alber. in d. l. vxoris abortu, C. de posth. hæred. instit.

Sed contra insurgit Decius, in d. l. posthumo, num. 4. nam si vera esset, sequeretur, quod si posthumus moreretur post mortem patris, testamentū conualidaretur, quod tamen est falsum, vt est text. in l. vxoris abortu, C. de posth. hæred. inst. vbi præteritus fuerat posthumus; & dicit ibi text. quod si natus est, licèt illico decedat, quod tamen testamentum non reconualescit, & ille text. intelligitur per DD. communiter, quod posthumus decesserit post mortem patris.

Respondebat glos. in d. l. vxoris abortu, quod ibi ponitur merus rigor, in l. posthumus ponitur mera æquitas, sed hæc resolutio non satisfacit.

88 Secunda igitur fuit ratio differentiæ, de qua per Aret. & Christophor. de Castill. qui dicebant rationem esse, quod ideo posthumo præterito in vita patris decedente conualescit testamentum, quia superest causa efficiens testamenti, s. ipse testator.

Sed hanc reprehendunt Bell. & alij hic, cū non concludat, imò contrarium innuit: nam si testator superuiuit posthumo, cū habeat facultatem aliud testamentum conficiendi, & non faciat, in maiori est contumacia, quàm si ante decessisset, & per consequens magis videretur iuuanda eius voluntas in hoc secūdo casu q̄ primo, attenta prędicta ratione.

Præterea infirmatur: nam si esset vera d. ratio, sequeretur, quod testamentum in quo est præteritus filius, reconualesceret si decedat viuo patre, cum supersit causa efficiens, quod tamen falsum est, vt in tex. nostro.

89 Tertia itaque ratio assignatur per Decium in d. l. posthumo, num. 4 qui iungendo vtramque rationē, dicebat, quod idcirco moriente posthumo præterito viuo patre, conualescit testamentum: quia & ab initio valuit, & superest testator, qui potest de nouo facere testamentum, vnde, cum nullum aliud fecerit, præsumitur velle decedere cum eo testamento, & esse adhuc in priori voluntate; sed secùs est quando filius iam natus decedit viuo testatore, quia licèt supersit testator, testamentum tamen ab initio non valuit, vt hic dicitur.

Sed nec etiā prædicta ratio est admittenda, & eidem met Decio in 2. lectura l. posthumo, displicet. Primò, quia non est verum quod ex quo pater non fecit aliud testamentum, præsumatur voluisse decedere cum illo quod natiuitate posthumi ruptum fuit, argum. l. qui ex liberis, §. testamento, ff. de bon. poss. contra tab. Secundò, dato, quod ita præsumeretur, deberet tamen præsumi quod voluerit decedere cum eo testamento in illo statu in quo est, vt est tex. quem allegat Doct. in l. 3. ff. de inoff. testam.

94 Quarta igitur fuit ratio Tobiæ hic, num. 15. dicentis, ad hoc vt testamentum valeat, duo tempora requiruntur, videlicèt, tempus conditi testamenti, & tempus mortis testatoris, medium autem tempus non nocet, §. in extraneis, infra, de hæred. qual. & diff. & in l si alienum, §. in extraneis, ff. de hęred. inst. sed testamentum in quo præteritus fuit posthumus ab initio, & sic tempore conditi testamenti valuit, vt supra dictum est, & tempore quoque mortis testatoris reperitur habilis, cum eo tēpore mortuus sit posthumus illud rumpens, ergo non est postea mirum si testm̄ sustineatur, & conualescat, secùs autem est, quando præteritus est iam natus, quia licèt tempore mortis testatoris reperiatur mortuus filius, & sic mortis testatoris tempore sit hæres habilis, tamen tempus conditi testamenti erat inhabile & inefficax, quam Tobię rationem sequitur hic Picenard. pag 73. sed hæc ratio in effectu easdem patitur difficultates sicuti & aliæ patiuntur. Et contra ipsam ego moueor: nam si esset verum quod illud primum tempus esset habile ad reconualidandum testamentum, tunc sequeretur, id quod statim deduximus contra primam rationem, videlicet, quod si posthumus moreretur post mortem patris, testamentum conualidaretur, quod est contra l. vxoris abortu, ergo illud tempus non est

habile

habile ad conualidandum illud. Confirmatur & fortius, quod illa duo tempora non sufficiant ad testamenti conualidationem: finge, ego condidi testamentum cum essem talis q habebam testamenti factioné actiuam, quo peracto, dedi me in arrogationem, per quam meum testamentum est factum irritum & inualidum, demum sum factus mei iuris, tamen testm̃ non recóualescit. Casus est in l. qui ex liberis, §. testamento, ff. de bon. poss. ſm tab. tamen secundum rationé Tobiæ deberet illud testamentum conualidari; quia aderat primum tempus habile, scilicet tempus conditi testaméti aderat, secundum mortis testatoris, cum esset factus sui iuris, ergo cessauit ratio Tobiæ. Nec obst. si tu diceres sicuti dicebat Zucchard. in d. l. posthumo, num. 17. quod in casu d. §. testamento, l. qui ex liberis, testamentum non conualidatur: quia videtur deficere voluntas de nouo, ex causa ipsius testatoris, qui se dedit in arrogationem, sed secùs in casu nostro, cum deficiat voluntas non de nouo, sed ex causa præteritionis posthumi, nam respondeo, quod licèt præsumatur defectus in voluntate causæ efficientis, scilicet testatoris, præsumitur etiam eadem met voluntas reuiuiscere, ex eo quod factus est sui iuris.

91. Cogitabam ergo reiecta illa ratione Zucchardi, si dici posset, quod ideo non recóualescit testamentum in quo est præteritus iam natus, licèt viuo patre decedat, quia testamentum deficit in forma, de qua in l. inter cętera, ff. de lib. & posthum. cui formæ renunciari non potest, l. nemo, de leg. 1. at actus qui est nullus ex defectu formæ, non potest aliquo tempore conualescere, cum ex nihilo nihil fiat, ergo impossibile est quod tale testamentum de nullo fiat aliquid, sed secùs est in posthumo, in quo cum testamentum esset aliquid, ex eo quod non deficiebat in forma, ideo non est mirum, si illo mortuo te conualescat, cum res de facili reuertatur ad naturam suam, l. si vnus, §. pactus ne peteret, ff. de pact. cum similibus. Nec obst. si dicas, ex eo quod testamentum non deficit in forma, sequetur q si posthumus moriatur post morté patris, tale testamentum reconualidabitur, quod tamen diximus esse falsum, per l. vxoris abortu, C. de posth. hæred. inst. Nam respondetur, quod ideo filio posthumo mortuo post mortem patris testamentum non reconualescit, quia ipse posthumus iam est effectus hæres, & amplius non est res integra, non enim potest conualidari, cum iá adita sit hæreditas, aliàs si conualidaretur, esset tunc hęres ille, qui fuit institutus, quod esse non potest, l. si vt certo, §. si duobus, ff. cómod. & sic termini non sunt pares, ideo nó mirum quamuis militet eadé ratio. l. quæ ab initio, de reg. iur. à contrario sensu, non tamen per hoc idem dispositum fuit; Potest ergo iudicio meo defendi prima ratio Cyni nostri, & aliorum, in d. l. 2. C. de posth. hæred. inst. quam deinde sequuti sunt Faber, & nonnulli alij.

92. Sed stante modo hoc, quod testamentum reconualescat, in quo est præteritus posthumus qui viuo testatore decessit, quęritur, an reconualescat de iure ciuili, an verò de iure Prætorio. Qua in re Ias. in l. posthumo, C. contra tab. fuit in ea opin. quod de iure ciuili reconualesceret.

Pro qua opin. ipse tripliciter modo ponderat text. in l. posthumus, ff. de iniusto, rupt. testamento. dicitur enim ibi, posthumus præteritus viuo testatore natus decessit, licèt iuris scrupulositate nimiaq; subtilitate testaméntum ruptum videatur: attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tab. accipere hæres scriptus poterit, hæreditatemque obtinebit, vt Imperator noster & Diuus Adrianus rescripserunt. Primo considerat Ias. verba illa, licèt iuris scrupulositate nimiaque iuris subtilitate testamentum ruptum videatur; ex quibus ergo datur intelligi, quod secundum iuris ciuilis æquitatem, testamentum non est ruptum, ergo testamentum sustinetur de æquitate ciuili, non prętoria. Huic considerationi respondét tenentes alteram opin. quod licèt ibi dicatur testamentum videri ruptum ex iuris scrupulositate, non tamen sequitur necessariò, quod non sit ruptum de æquitate ciuili. Probatur: ná vidimus supra, quod quando filius præteritus se abstinuerit à bonis paternis, tale testamentum dicitur nullum ex scrupulositate iuris ciuilis, & tamé reconualescit de æquitate prætoria, ergo non valet consequentia, est nullum de subtilitate iuris ciuilis, ergo valebit ex æquitate iuris ciuilis.

Secundo tamen Ias. ponderat eundem tex. in illis verbis, & scriptus hæres hæreditatem obtinebit; at hæreditas est de iure ciuili, ergo & testamentum reconualescit de iure ciuili.

Respondent Alex. Dec. Imola, & alij. q licèt scriptus hæres obtineat hæreditatem, non tamen dicitur succedere de iure ciuili: nam & Prætor etiam vocat ad hæreditatem, §. quos autem, infra, de bon. poss. hęreditas enim conuenit successioni prætorię, vt est tex. in l. fin. C. qui admitti. & maximè, quia scriptus hęres ibi consequetur hęreditatem per bonorum possessionem secundum tab. quæ est de iure Prætorio, vt diximus.

93 Tertio ponderabat Ias. d. l. posthumus, in illis verbis, ita Imperator noster & Diuus Adrianus rescripserunt, hæredem scriptum succedere, sed Rescripta Principum faciunt ius ciuile, §. sed quod Principi, supra, de iur. nat. gent. & ciuili, ergo valebit de æquitate ciuili.

Respondet Dec. q Principum Rescripta faciunt ius ciuile quando apparet eos velle ius nouú inducere, sed Imperatores ibi per illud Rescriptum non fecerunt ius ciuile de nouo, sed ius tantum Prætorium tetulerunt, ita Decius in l. emancipata, C. qui admitti, in l. x. C. quando non petent. part. sequútur Moderni Bonon. in d. l. posthumo, num. 21.

Quarto & vltimo ego ponderabam tex. in §. sed cum paulatim, supra de testam. vbi facta est communio iuris ciuilis & iuris Prætorij; id idem facit l. 2. C. de secund. tabul. ergo potest dici quod conualidetur de iure ciuili.

Respondetur, quod communio fuit facta in casibus expressis, non autem in omnibus: quia etiá in testamento discrepant hæc duo iura, cum data contra tabulas, non annulletur testamentum de iure ciuili, l. & si contra, ff. de vulg. & pup. aliàs emancipati & cognati fuissent successibiles de iure ciuili, quod est contra l. certum, C. vnde cognati, vt etiam

animad-

animaduerrunt Mod. Bononienf. in d.l. posthumo.

94 Contrariam igitur opin. quod testamentum reconualescat de iure Prætorio, & non ciuili, tenuerunt Bart. Imola, & Paul. Castr. in d.l. posthumus, Alex. in d.l. posthumo, in 3. not. Deci. ibi, in 2. lectura, num. 1. & est communis opinio prout de communi testatur Mod. Ferar. in d.l. posthumo, nu. 19. & Moder. Bonon. ibidem, num. 21. & Tobias hic, num. 26. Quæ probatur

Primo, ex l. si testamentum, ff. de testam. dum dicit, quod testamentum valet vtroque iure, ergo præsupponit tex. quod aliquando reconualescat de iure Prætorio, & nõ de iure ciuili, & ratione est, quia per aperturam non desinit esse testamentum, neq; iure ciuili, neque iure Prætorio, ergo vtroque iure non reconualescerit, sed tantum Prætorio.

Secundo mouentur DD. nam ad probandum q hodie bonorum possessio sit necessaria, allegãt tex. in d.l. posthumus, l. 2. §. si sub conditione, ff. secundum tab. & §. non tamen, quib. mod. test. infir. vbi dantur tres casus, in quibus etiam hodie est necessaria bonorum possessio quæ iura allegat glos. in l. fin. C. vnde cogn. ergo sequitur, quod in casu nostro testamentum reconualescat de iure Prætorio non ciuili.

Tertio confirmatur ex d.l. posthumus, ponderando ibi, quod scriptus hæres obtinebit pro bonorum poss. hæreditatem, at bonorum possessio est de iure Prætorio, ergo de iure Prætorio reconualescet.

Confirmatur & vltimo, ponderandu ibi, quod signa sunt inducta de iure Prætorio, vt sup. in prin. de testam. ergo de iuris Prætorij æquitate.

Declarat hæc conclusio vt procedat non solum in testamento in scriptis, sed etiam in testamento nuncupatiuo, vt per Bald. Bar. & cæteros DD. communiter, in d.l. posthumus.

95 Vtilitas autem huius inspectionis maxima est secundũ Aret. hic, & DD. in l. posthumo, quia cum testamentum de iure Prætorio conualescat, tunc hæres scriptus debet agnoscere bonorum possessionem infra tempora à Prætore statuta, videlicèt, intra annum si est de liberis, si transuersalibus, infra centum dies, argum. l. 1. §. largius, ff. de success. edicto, quod non esset si de iure ciuili reconualesceret, quia haberet spacium 30. ann. ad adeũdam hæreditatem, vt est tex. cum glos. in l. licet, C. de iure deliber.

Secunda est vtilitas, si testamentum valebit de iure Prætorio, debebit hæres scriptus agnoscere bonorum possessionem coram Iudice, l. fin. C. qui admitti, §. fin. infra de bon. possess. quod secùs foret de iure ciuili, quia iure ciuili hæreditas sola animi declaratione ac nuda volũtate additur, l. pro hærede, l. gerit, ff. de acquiren. hæred. §. fin. infra, de hæred. qual. & different.

Sunt & aliæ quamplures vtilitates, quas prosequuntur DD. varijs in locis, quibus omissis, vnã tantum refero, cuius supra meminimus, quod hodierno etiam die tres reperiuntur casus in quibus est necessaria bonorum possessio. Vnus est in d.l. posthumus. secũdus in l. 2. §. si sub conditione, ff. de secundum tab. Tertius est in §. non tamen, infra quib. mod. testam. infir. Et hæc quo ad hanc glos.

96 Omissa glos. in verb. sed non ita, quæ nihil ferè habet, deuenio ad glos. in verbo, non infirmabat, quæ licèt breuis sit, diuidi tamen potest in duas partes, prout in prima opponit, in secunda soluit. Pro illius explicatione dicitur in tex. quod si fœminæ sint præteritæ, idest non institutæ nec exhæredatæ, non infirmatur testamentum, sed datur ei ius accrescendi ad certam portionem. Oppono vnã cum glos. de tex. in §. posthumi, in vers. sed fœminini, infra eod. vbi dicitur, quod ad hoc vt testamentum valeat, necesse est vt filiæ fœminæ nominatim, vel inter cæteros exhæredentur, dum tamen si inter cæteros exhæredarentur, aliquid eis legaretur, ne viderentur præteritæ per obliuionem, ergo si aliquid eis non legatur, non valebit testamentum, & sic infirmentur; cuius contrarium deciditur in text. nostro. Glos. non soluit, vt videre potuistis, sed de solutione se remittit ad ea quę ipsemet dixit in d. vers. sed fœminini, in verbo, personę, vbi concordando text. nostrum cum alio textu, dixit illum text. procedere in filiabus posthumis, text. verò nostrum in iam natis, quibus non est necesse aliquid legari.

97 Ex hac glo. habetis, differentiam esse inter posthumas filias, & filias iam natas, cum filię iam natę pręteritę non vitient testamentum, licèt eis aliquid non sit legatum. Posthumę verò sic; concordat text. in l. maximum vitium, C. de liber. pręterit.

Sed quæro ego diuersitatis rationem, cum à maioritate rationis videatur dicendum contrarium, cum magis peccet pater exhęredando vel pręterendo iam natum, quàm posthumum qui nihil est, sed tantum portio viscerum, vt supra diximus.

Vnde dicere possumus, hoc factum esse, quia posthumę cum iam non essent in humanis facilius poterant pręteriri, & omitti per obliuionem, quàm iam natæ, & circa eas cadebat maior ratio dubitandi, quod essent prætéritę per obliuionem, cum iam natarum verisimiliter testator non debuerit obliuisci, cũ in eis caderet affectio vel odium, vt ergo apparere possit non fuisse omissas per obliuionem, hoc fuit inductum, & vt omne dubium tolleretur, quę ratio non militat in iam natis; & hanc rationem licèt aliqui sibi attribuant, est in effectu Iason infra in additio. ad Port. in §. posthumi, in 1. additi. quam sequitur Bellon. super dicta glos. in verbo, personæ.

98 Glos. in verbo, ad portionem certam, quę breuius est, vnde non diuiditur, vt not. Bald. in l. petẽs, C. de pact. dicitur enim in tex. quod descendentes per virilem sexum, & filię fœminę habebant ius accrescendi ad certam portionem bonorum ipsius testatoris consequendam, glos. nunc declarat qualis esset hęc Portio, dicens dimidiam eius quod ab intestato habituri essent; ad quod probandum deducit glos. text. in d.l. maximum vitium, C. de liber. pręterit.

Ex hac glossa colligitur primo, quam portionem haberent filię pręteritæ per obliuionem, scilicet dimidiã eius quod ab intestato essent habiturę, vt supra, nonnulla diximus in tertio notabili. Quę cõclusio falsa est, vt colligitur ex Caio in lib. 2. Institut. cap. 3. quem refert Tobias in 4. notab. nu. 5. nam istę filię pręteritę, & alij de quibus in text. si-

erant fratres, & sic sui hæredes instituti, habebant eorum portionem, sicut & alij fratres: si autem extranei hæredes in testamento scripti erant, tunc hæredes scripti habebant partem dimidiam hæreditatis, reliquam verò dimidiem filiæ prætertiæ, siue vna esset, siue plures; ita inquit Caius loco prææallegato. Nec obst. d. l. maximum vitium, quoniam intelligi debet, quando extranei hęredes instituti erãt, & filiæ fœminæ prætetitæ, tunc enim filiæ debent consequi semissem, non quod ab intestato essent habituræ, vt dicebat glos. & potius credendum est ipsi Caio, cum dictæ glos. nihil deducant, argumento eorum quæ tradit glos. in l. sed licet, in fine, ff. de offic. præsid. & per Leon. in Rubt. ff. de verb. oblig. num. 138. & erubescendum est quoties sine lege loquimur, l. illam merito, C. de collat. §. consideremus, in Auth. de triente & semiss.

99 Secundo colligit Ozer. hic, num. 13. ex hac glos. quod appellatione portionis venit dimidia, ad idẽ glos. in l. si in rem, in verbo totam, ff. de rei vend. & est text. in l. nomen filiarum, §. portionis, in fine, ff. de verb. sign. vbi expresse.

Sed domini animaduertatis, quod hæc conclusio non colligitur ex glos. quia text. noster se refert ad text. in l. maximum vitium, tum etiam, quia in text. nulla fit mentio de simplici portione, sed de certa portione.

Quicquid tamen sit, conclusio vera est, sed eam declaretis & limitetis procedere in dubio, vt in d. l. nomen filiarum, vbi dicitur, quod si non fuerit portio adiecta, scilicet tertia, vel quarta, & de portione seu parte sit facta mentio, dimidia pars habetur, vndè si quota esset adiecta, secùs esset, quia tũc de ea intelligitur quæ expressa est.

Secundo limitatur, vt non procedat, si de certa portione sit facta mentio, tunc siue parua siue minima esset, semper de ea intelligitur, vt per Barto. in l. 2. C. quando & quibus, lib. 10. & per Alciat. in d. l. nomen filiarum.

Tertio limitatur & vltimo vt quandoque appellatione partis, seu portionis non veniat dimidia, sed totum, vt per Gorsettum in Singulari suo, incipiente, licèt appellatione, in verbo pars, tradit Cagnol. in l. in toto, in fine, ff. de reg. iur. vndè, ad plura inferunt DD. vt per Alcia. in d. l. nomen filiarum, ad quam vos reijcio.

Glos. in verb. inter cæteros, secundum quosdam diuiditur in tres partes, ego verò cõmodius in duas diuidi posse existimo, cum prima etiam tertiã contineat, in prima ergo ponit exemplũm exhereditationis inter cęteros, in secunda ponit aliud exemplum. Secunda est ibi, vel vno præterito.

Pro expeditione primæ partis dicitur in text. q̃ fœminæ, & alij per virilẽm sexum descendentes liberi, exceptis filijs, possunt inter cæteros exhæredari; quæro vnà cum glos. exemplum huius exhæradationis inter cæteros, glos. dicit, quod fit hoc modo, videlicèt, vnum de filijs meis exhæredo, vel vt in fin. dicit, filium meum exhærędo, cum plures filios haberet, & ista exhæredatio inter cæteros hoc modo concepta non valet, vt inquit glos. quia nemo exhęredatus videtur, vt ff. de liber. & posth. l. 2. vbi dicitur, quod si exhæredatio fuerit hoc modo concepta, filius meus exhæres esto, & vnicus sit filius, exhęredatio est ritè facta, si verò plures sint filij, & dixerit testator, filium meum exhæredo, talis exhęredatio nulla est, & nemo exhęredatus videtur, vult ergo glo. quod in filijs masculis talis exhæredatio non valeat, quod patet, dum in fine dicit, secùs erit in istis: nam benè valet, vult dicere, q̃ licèt exhęredatio eo modo concepta non valeat in filijs, tamen valet in filiabus, & in alijs per virilem sexum descendentibus liberis, de quibus in tex. nostro dicitur.

In secunda parte glo. ponit aliud exemplum exhęredationis inter cęteros, vt si testator vno filio instituto sic dicat, reliquos, vel cęteros exhęredo, vnde in hac secunda parte sentit glos. quod istud exẽplum exhęredationis contineat etiam filios, qui scilicet possunt eo modo exhęredari, quod tamen an verum sit, statim dicemus. & iste videtur iudicio meo sensus istius glos. non nego tamen quod ipsa est multum confusa, & obscura, ita, vt vix percipi possit quid sibi voluerit Accurs. & in quibusdam Codicibus quos vidi, non adsunt illa verba posita in fine, ibi, sed secùs, & quę sequitur.

101 Colligitur primo ex hac glos. quod exhæredatio inter cęteros dicitur, si sit dictum, vnũ ex filijs meis exhęredo, quando scilicet quis plures habẽs filios, extraneum instituit. ita intelligunt DD. hanc glos. quam conclusionem sequitur Ias. in addit. ad Port. in vltima addit. Sed reprobatur per DD. communiter, vt animaduertit Vigli. hic, nam teste eo, exhęredatio inter cęteros dicitur illa, in qua plures vna exhęredatione continentur, & fit per verba quibus significatur vna exhęredatione plures contineri, vt denotat dictio inter cęteros, quę de pluribus dicitur, argum. l. vbi numerus, ff. de testib. & non solum nõ est exhęredatio inter cęteros, sed nec nominatim facta probatur, cum plures pater habeat filios, neque expresserit nomen eius quem exhæredauit. Bell. tamen contrarium sequitur, nu. 9. vt ibi per eum.

Secundo colligitur ex glos. exhęredationem inter cęteros, esse, si sit dictum, Titium filium meum instituo, & reliquos seu cęteros exhęredo. Quam conclusionẽ sequũtur DD. communiter. Probatur: quia secundum Theophilum hic, illa dicitur exhęredatio inter cęteros, quando quibusdam institutis, testator subdit, cęteri exhęredes sunto, vt est tex. in prędicto exemplo, de quo per glos. Ampliatur hęc conclusio vt procedat, siue simpliciter dictum sit cęteros exhęredo, nulla facta mentione dę filijs, neque de liberis, siue etiam sit dictum, cęteri liberi exhęredes sunto: nam in vtroq; casu est exhęredatio inter ceteros, secùs si dictũ fuerit, vno filio instituto, cęteri filij exhęredes sint, nã tunc erit exhęredatio nominatim facta, vt per glos. in l. Titius, in princ. ff. de lib. & posthum.

102 Tertio colligitur, quod si quis habens plures filios, dixerit, filium meum exhęredo, quod hęc exhęredatio non valet, & nemo censetur exhæredatus; probatur per text. in d. l. 2. quam supra induximus, per text. etiam in princ. tit. nostri. in fine, vbi dicitur, quod exhęredatio nominatim facta valet, si quis dixerit, filium meum exhęredo, & habeat

vni-

vnicum, ergo à contrario sensu, si plures habeat, non valet exheredatio, hoc modo concepta.

10 Quarto & vltimò colligitur ex hac glos. exhæredationem inter cæteros, valere in fœminis. quæ colligitur ex illis verbis finalibus, sed secùs erit in istis, dummodo sit facta eo modo quo in secundo dicitur exemplo, secus autem si sit dictum, vnam de filiabus meis exhæredo: nam huiusmodi exhæredatio non dicitur nec nominatim, nec inter cæteros, nec etiam valebit in fœminis, ratione, incertitudinis, argum. l. duo sunt Titij, ff. de testam. tutel, ita inquit Ias. in vltima addit. hic. & sequutus Tobias, & alij hic.

Et ex his sit explicatum hoc Principium tituli quem interpretandum suscepimus.

REPERT. AD §. NOMINATIM, De exhæred. liber.

6 *Differentia an constituatur in his verbis, liberos meos exhæredo, & cæteros liberos meos exhæredo.*
1 *Exhæredatio nominatim facta quæ dicatur. & nu. x.*
1 *Exhæredationis nominatæ exempla.*
7 *Exhæredatio inter cæteros quæ sit declaratur.*
4 *Exhæredatio facta per hæc uerba, omnes liberi mei sint exhæredati, an dicatur nominatim facta, & dicimus quod non, quod tamen dictum limitatur duobus modis, num. 5*
5 *Glos. vnica in verbo, non extet, explicatur.*
1 *Summarium huius §. sumitur.*



TExtus iste propter sui breuitatem non diuiditur, cum vnica verborum periodo claudatur, iuxta tradita per Cynum nostrum, et per Bal. in l. petens, C. de pact.

1 Summari etiam minimè potest, cum breuiter duo tantùm exhæredationis nominatim factæ ponantur exempla, idcirco nec etiã facti species effingi potest, iuxta notata per Cyn. nostrum, in l. ex hoc iure, ff. de iust. & iure.

Ex isto text. nobis adnotare licet duo exhæredationis nominatæ exempla. Primum est, si testator dixerit; Titius filius meus exhæres esto, expresso proprio nomine, & in hoc nullum est dubium, & probat expresse text. in l. . ff. de liber. & posth. vbi nominatim exhæredatio facta dicitur, quoties nomen, & pronomen, & cognomen expressum est, sed hic expressum est nomen, ergo dicitur nominatim facta, & valet.

Secundum est exemplum, quando pater vnicum habet filium, & instituto extraneo dicit filius meus exhæres esto, non expresso proprio nomine, & in isto etiam casu dicitur exhæredatio nominatim facta:

Sed videbatur quod ista non deberet dici exhæredatio nominatim facta, tunc enim quis dicitur nominatim exhæredari, vt statim diximus, cum nomen, pronomen, vel cognomen eius in exhæredatione exprimitur, d. l. 1. ff. de lib. & posth. sed nullũ ex istis fuit expressum merito videbatur, quod non deberet dici nominatim facta.

2 Contrarium tamen verius est, vt hic dicitur, & probatur ex l. 2. ff. de lib. & posthum. vbi nominatim exhæredatus filius videtur hoc modo: filius meus exheres esto; & sic, nec nomẽ expressum est, dummodo vnicus sit filius; & ratio est: quia ex quo pater non habet nisi vnicum filium, illud appellatiuum nomen filij, fungitur vice nominis proprij. cũ vni soli in proposito conueniat. & hæc sunt quę adnotari possunt ex isto textu. Quibus recensitis.

3 Capio glos. vnicam in verbo, non extet, quæ in tres distribuitur partes. In prima ponit exempla exhæredationis nominatim factæ. In secunda ponit differentiam inter dictionem (omnes) & dictionem (cæteros.) In tertia & vltima parte ponit exemplum exhæredationis inter cæteros factæ. Secunda est ibi, sed secùs, Tertia & vltima ibi, nam dico.

Pro explicatione primę partis posita fuerunt in tex. duo exempla exhęredationis nominatę quę statim retulimus; vndè dicit Accurs. quod etiam alijs modis exhæredatio nominatim facta dicitur. & si sit vnus tantum filius, vt ff. de lib. & posth. l. Titius, in princ. vbi Titius testamento heredem instituit, & filium habens sic exhęredationem posuit. Cęteri omnes filij mei filięque exhęredes sunto. Paulus respondet, filium rectè exhęredatum videri. Item subiungit glos. exhęredatio dicitur nominatim fieri, si dixerit testator alia verba quęcunque dummodo certa, vt ff. si cert. per. l. certum, & ff. de minor. supr. l. posthumi, §. nominatim, et ff. de lib. et posth. la 1. & 2. in l. certum, dicitur, certum est illud cuius species vel quantitas quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione quę nominis vice fungitur ostenditur, nihil enim refert, proprio nomine res appelletur, an digito demonstretur, an vocabulis quibusdã ostendatur. Ecce, quod ibi probatur, quod licèt alicuius rei non sit expressum proprium nomẽ, sed per [illegible] ostendatur, vel aliàs de ea certũ sit, dicitur [illegible]. Ita in heredatione, licèt non fiat expressio nominis proprij filij, si tamen per equipo[illegible], puta, quia testator eum digito ostendit, vel quibusdam vocabulis demonstrauit, dicitur nihilominùs nominatim facta exhęredatio. In l. posthumi dicitur, in §. nominatim, nominatim autem exhęredatus posthumus videtur, siue ita dixerit quicumque mihi nascetur, siue ita dixerit, ex Seia, siue ita dixerit, venter exheres esto, in l. 1. ff. de liber. & posth. dicitur, quod sufficit ad hoc vt exhęredatio nominatim facta dicatur, quod sit expressum in exhęredatione nomen proprium, vel cognomen, in l. x. dicitur, quod licèt nomen filij nõ sit expressum in exhęredatione, dicitur tamen exhęredatio nominatim facta, quando est vnicus filius.

Sum modo in secũda parte, in qua gl. vult, quod licèt quando testator dixit omnes liberos meos exhęredo, dicatur exhęredatio nominatim facta, tamen secùs est si dicatur, filium meum instituo, cęteros liberos exhęredo, & ita ponit glo. differẽtiam inter dictionem omnes, & dictionem cęteros, vel si dixerit testator, Seium extraneum instituo, liberos autem exhęredo, & sic non dicit omnes, inquit Accurs. vt non contradicat principio, & ita vult glo. quod etiam sit differẽtia, verum dicat testator, omnes

nes liberos meos exhæredo, vel simpliciter absque dictione (omnes) liberos exhæredo, quia in primo casu dicitur exhæredatio nominatim fieri, quando verò dixit cęteros liberos exhæredo, vel simpliciter, liberos exhæredo, dicitur nominatim fieri.

Sum in tertia parte & vltima glos. in qua vult, quod in istis duobus casibus, quando s. ego dixi, cęteros liberos exhæredo, vel liberos exhęredo, dicor exhæredare filios inter cęteros, & ita vult, quod in illis casibus dicatur exhæredatio inter cęteros; & adducit rationem: quia s. fit mixtio cum cęteris in remotioribus gradibus constitutis, vndè, non valet, cum debeat exhæredari nominatim, vt hic dicitur; vult dicere glos. quod cum liberorum appellatione vel appellatione cęterorum liberorũ veniant omnes descendẽtes in infinitum, l. liberorum, ff. de verb. sign. quando exhæredatio fuit eo modo concepta, fit mixtio, cum cęteris remotioribus gradibus existentibus non magis videtur testator exhæredare filios existentes in primo gradu, sed etiam cęteros existentes in remotioribus gradibus; vndè, cum exhæredatio non dicatur facta nominatim, sed inter cęteros, idcirco non valet.

4 Colligitur ex hac glos. in 1. parte, quod exhæredatio ista, omnes liberi mei sint exhæredati, dicitur facta nominatim, ita dicit glos. hic, quam sequuntur DD. communiter. Contrarium tenuit glos. in l. Titius, in princ. in verbo, rectè, & ibi DD. ff. de lib. & posth. Ioan. Fab. & alij hic, & mouẽtur hac ratione: quia exhæredatio illa dicitur nominatim facta, quæ vnum tantum descendentium gradum complectitur, quæ verò plures complectitur, non nominatim, sed inter cęteros dicitur facta, vt etiam voluit glos. hic, in fine. vbi dicemus; Sed exhæredatio hæc, Omnes liberi mei exhęredes sint, hæc plures complectitur descendentium gradus, cum liberorum appellatione non solum filij, sed etiam nepotes & pronepotes & cæteri descendentes comprehendãtur, l. liberorum appellatione, ff. de verb. signif. ergo exhæredatio ista non nominatim, sed inter cęteros facta dicetur.

Ista tamen DD. communis Conclusio contra glos. nostram limitatur nonnullis modis.

5 Primo limitatur non procedere, quando testator non habeat nisi filias, nepotes verò & cæteros descendentes nullos, quia tunc si testator dixerit, omnes liberi mei exhæredati sint, dicetur exhæredatio facta nominatim, vt dicebat Bellon. hic, & est etiam de mente Viglij, quicquid tenuerit Ioan. Fab. & ratio est: quia ex quo in isto casu liberorum appellatio non potest complecti plures gradus descendentium, cum non adsint, ideo non potest dici exhæredatio inter cæteros facta, per ea quę diximus supra; & pro hac limitatione facit in argumentum text. in l. 2. ff. de lib. & posthum.

Secundo limitatur non procedere, quando testator demonstraret liberos quos exhæredat, veluti si dixisset; Hos liberos exhæredo, ostendens quos dicat, vt inquit Bald. & post Imola, in d. l. Titius, in princ. & Bell. hic, & probatur limitatio hæc, argumento text. in l. certum, per glos. deducti, ff. si cert. pet. sed ista exhæredatio fuit facta per corporis demonstrationem, cum dixerit testator, hos liberos exhęredo, ostendens quos significabat, ergo nominatim facta esse dicitur.

6 Secunda colligitur Conclusio ex glos. differentiã hanc, esse inter exhæredationem liberos meos exhæredo, & istam, cęteros libęros meos exhæredo: nam prima verborũ conceptio denotat exhæredationẽ nominatim factã, secunda verò inter cęteros. Sed hæc differẽtia vno omnium ore est reprobata: quia nulla differentia est inter dictionem (omnes) & dictioẽ (cæteros) arg. l. cæteros, ff. de verb. sign. vbi cęterorũ appellatione etiam oẽs continentur.

7 Tertia & vltima colligitur Conclusio, quod tunc dicitur inter cæteros exhæredatio cum plures descẽdentiũ gradus complectitur, vt si dicat testator, cęteros liberos meos exhæredo, vel simpliciter, liberos meos exhæredo, cũ appellatione liberorũ comprehẽdantur non solũ filij, sed ẽt nepotes, et alij descẽdẽtes in infinitũ, d. l. liberorũ, ff. de verb. sig. sentit ergo glo. ꝙ secùs esset, si exhæredatio hoc modo cõcepta fuisset, filios meos exhæredo: quia tũc diceretur nominatim facta, ex quo appellatione filiorũ liberi primi gradus propriè continentur, §. fin. supra qui testamen. tutor. dar. poss. & hanc glos. Conclusionem sequuntur DD. communiter, tum hic, tum in d. l. Titius, in princ. ff. de lib. & posth.

Contra quam Conclusionem Ias. hic, in addit. ad Port. tria obijcit. Primũ est de tex. in l. 2. ff. de lib. & posth. vbi dixit testator; filium meũ exhæredo, & tñ exhæredatio nõ valet, ergo non videtur verũ ꝙ si testator dixerit, filio meos exhæredo, dicat exhæredatio nominatum facta, sed dicet inter cęteros.

Huic textui respõdetur, ꝙ exhæredatio ibi non valet, ex eo quia fit inter cęteros, sed q̃a incerta est illa exhęredatio, cũ incertũ sit in eo casu quos voluerit testator exhæredare, cũ plures haberet filios.

Secundo opponit Ias. de text. l. 3. §. nominatim, ff. de iniust. rupt. & §. fin. supra qui testamento tut. dar. poss. dicitur in d. §. nominatim, quod si testator dixerit, posthumus meus exhæres esto, ista dicitur exhæredatio noĩatim facta, & tamen exhæredatio ista complectitur plures gradus liberorum, in d. §. fi. supra qui testam. tut. dar. poss. dicitur, si testator fecerit mentionem de posthumis, dando ipsis tutorem, tam filij posthumi, quàm cæteri liberi continebuntur, vndè, non videtur verum, quod quando exhæredatio cõplectitur plures descendentiũ gradus, dicatur inter cæteros, non autem nominatim.

Huic obiectioni respondebat Bell. hic, quod licèt posthumi appellatione filij, & cęteri descẽdentes comprehendãtur, hoc tñ est secũdum facti contingentiam, non aũt ꝙ simul comprehendantur, si enim sit in vtero filius, & det tutor posthumo, vel exhæredetur posthumus, solum comprehenditur filius ille; si verò sit in vtero nepos, & detur tutor posthumo, vel posthumus exhęredetur, solũ cõprę henditur nepos, & sic posthumi appellatio vno & eodem tẽpore non cõprehendit plures descendentium gradus, sed enim solum qui in vtero est, licèt secundũ contingentiam facti, sit apta ad omnes descendentes continendos; in rei tñ veritate, quando fit mentio de posthumo, nõ comprehenditur nisi vnus gradus liberorũ, & descendentiũ, is s. qui in vtero est; & ita etiam intelligitur text. in d. §. fin. Si

enim testator dederit tutorem posthumis, illi posthumo censetur datus qui est in primo gradu liberorum, vt si sit in ventre filius posthumus, illi soli; si verò nepos, etiam illi datus videatur, & ita vni tantum gradui liberorum datus videtur, licèt secundum facti contingentiam possit etiam alios gradus comprehendere posthumi appellatio, vno tamen & eodem tempore non nisi vnum complectitur, vt si sit exhæredatus posthumus, de eo solo intelligatur qui in ventre est, & in proximiori gradu, & ita non obstat istud fundamentum.

Tertio & vltimo opponit Ias. de tex. in §. sequenti, vers. masculos, vbi dicitur, quod si quis filios posthumos, & cęteros deinceps voluerit rectè exhæredare, debet exhæredationem ita concipere; quicunque mihi filius progenitus fuerit, exhæres esto, ecce ergo quod ibi filij posthumi appellatione cõprehenduntur nepotes & cæteri descendentes, & ita fit mixtio plurium graduum, & tamen dicitur exhæredatio nominatim facta, ergo contra Conclusionem glos. quæ habet, quod vbi fit commixtio plurium graduũ descendentiũ, non dicitur nominatim facta exhæredatio, sed inter cęteros.

Huic etiam obiectioni respondetur, quod Imperator, ibi sub conceptione exhæredationis quicunque mihi filius genitus fuerit, exhæres esto, noluerit comprehendere nepotes, & cęteros descendentes posthumos, sed quod voluerit dicere, quicunque vult exhæredare posthumos, vel descendentes cæteros, debet ita exhæredationem concipere: quicunque mihi filius genitus fuerit, exhæres esto, & hoc quando vult exhæredare posthumos filios, quando verò vult exhæredare posthumos nepotes, debet hoc pacto exhæredationem concipere, quicunque mihi nepos natus fuerit, exhæres esto. Non autem voluit Imperator quod sub illa conceptione quicunque mihi filius natus fuerit, exhæres esto, nepos comprehendatur: quia hoc esset contra text. in §. fin. qui test. tut. dat. poss. & in l. quod si nepotes, ff. de test. m. tutel. vbi dicitur, quod appellatione filiorum non comprehendantur nepotes, & maximè in odiosis, vt sumus nos, cum exhęredatio odiosa sit, l. cũ quidã, ff. de lib. & posth.

Et ita vera est communis DD. Conclusio, quod si exhęredatio complectitur plures gradus descendentium, dicatur facta inter cęteros; vel si dicitur, liberos meos exhæredo, secùs, si dictum fuerit, filios meos exhæredo: quia tunc non inter cęteros, sed nominatim dicitur fieri. Et ex his sit finis impositus huic §.

REPERT. AD §. POSTHVMI, De exhæred. liber.

67 Gallus

73 Testa-

1 ATERIAM perdifficilem aggredimur, in qua nostri Interpretes quasi in hanc vsq; diem infeliciter elaborantes, longa super illam ediderunt Commentaria. Nos itaque per vastissimum mare vela committentes, vobis audientibus fæliciori aura (Deo auspice) portum petemus.

De Posthumis igitur tractaturi decem preludiorum gratia, quæ Doctores confusè, sparsimq; scripta reliquerunt præmittenda duximus.

Primo, quot dicantur genera seu species posthumorum.

Secundo, quotuplex sit posthumorum conditio declarando quis sit suus, & quis alienus.

Tertio, an posthumus suus alio nomine dicatur posthumus proprius, alienus verò dicatur alio nomine extraneus.

Quarto, vnde dicatur posthumus.

Quinto, an in cognoscendis posthumis suis ab alienis attendatur, tempus testamenti, an verò tempus mortis testatoris.

Sexto, an posthumus alienus de l. duodecim tab. posset hæres institui.

Septimo, quid secundum tempus Galli.

Octauo, an testamentum factum secundum formulam Galli valeat.

Nono, an de lege Velleia posthumus alienus posset institui.

Decimo & vltimo, quid de iure Prætorio, & quid de iure hodierno, & nouissimo.

Quibus explicatis faciliorem aditum ad ea quæ in hoc §. & in §. posthumorum, à nobis sunt dicenda habebitis.

2 Quantum attinet ad Primum, nosse oportet varia posthumorum genera fuisse, varijsque modis à DD. considerati, & glos. in l. filius à patre, in verbo, locum, ff. de lib. & posthum. dicit quatuor esse species posthumorum seu genera. Secunda fuit opinio glos. in Rubr. C. de posth. hæred. instit. quę voluit quinque dari species. Tertia fuit opin. Alex. in Rubr. ff. de lib. & posth. dicentis posthumorum sex fuisse genera, quę opin. fuit Bal. in d. l. filius à patre, §. 1. ff. de lib. & posth. quã refert Ias. in d. Rubr. ff. de lib. & posth. nu. 1. & illam sequuntur DD. in l. Gallus, ff. eo. tit. vbi Salomonius nu. 22. Quarta & vltima fuit opin. Moder. Bonon. in l. posthumo, nu. 3. C. de contratab. existimantiũ duo esse tantum genera posthumorũ, & primũ genus in quatuor species diuidi voluerunt, alterum verò genus in octo, itaq; secundum illos posthumorũ duodecim reperiantur species.

Nos verò de septẽ tantum speciebus (alijs omissis) agemus, de illisque sigillatim pertractabimus, ad hoc, vt quis dicatur propriè posthumus, & quis impropriè, aliquando cognoscamus.

3 Prima igitur sit species posthumi quæ continet eos tantum qui post mortem patris, vel aui, vel alterius de cuius hæreditate agitur, nascuntur. quod sanè dictum probatur

Primo ex l. 3. §. posthumos, ff. de iniusto rupto, vbi posthumos eos dumtaxat appellamus, qui post mortem patris nati sunt.

Secundo probatur per l. Gallos, in prin. ff. de lib. & posth. dum ibi dicitur, ꝙ Gallus Aquilius constituit sub hac verborũ formula, quod posthumi instituerẽtur, si filius viuo me moreretur, tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam natus erit, hæres esto, ex quibus verbis colligitur posthumum dici, qui post mortem patris natus est.

Tertio confirmatur ex §. cum autẽ, Instit. de tute. vbi posthumi in compluribus pro iam natis habentur, subdit Imperator, & in hac causa placuit non minus posthumis quàm iam natis testamento tutores dari, si modo in ea causa sint, vt si viuis parentibus nascerentur. Pondero illam dictionem (si) quę nihil ponit in esse, l. cedere diem, ff. de verb. signif. ex quo intelligitur, quod regulariter posthumi dicuntur qui nascuntur post mortem patris.

Augetur hęc eadem opin. cõmunis per tex. in l. fi. ff. de assig. lib. ibi, posthumi post mortẽ nascuntur.

4 Quinto & vltimo deduco text. in l. posthumũ ex qualibet, ff. de lib. & posth. vbi dicitur, posthumum ex qualibet vidua natũ, instituere potest quis, si ex vidua, ergo post mortẽ patris. Nonnulli tamen fuerunt in ea opin. ꝙ iste text. non probet, nam uidua non solum dicitur post mortem, sed etiam post eius diuortium, ergo non sequitur necessariò posthumum dici, ex eo quia ex vidua natus sit; quod autem vidua pluribus modis consideretur, est textus in l. vir mulieri, ff. de donatio. inter virum & vxor.

l.malum, §.vidua, ff.de verb. sign.ergo nõ probat.

Ego autem opinor ex ea l. hanc speciem probari posse, nam licèt vidua dicatur quæ commisit diuortium, tamen frequentius euenit, vt viduæ illæ appellẽtur quæ sine viro sunt, ex quo est mortuus, vnde cum ll. considerent ea quæ frequẽntius accidunt, l.nam ad ea, ff.de legib. ergo sequitur quod
5 dicatur verè posthumus qui nascitur ex vidua. Hęc conclusio seu species posthumi adeò vera est, vt amplietur etiam procedere secundum verbi proprietatem, videlicèt, quod illi qui nascuntur post mortem patris, dicantur verè, & propriè posthumi, ita dixit glos. in verb. sui hæredes, infra, de hæred. quæ ab intest. §.posthumi, dixit Bartol.in d.l. Gallus,nu.2.Ias.& Fortun.nu.13. Gallnaula nu.4. Salomon.nu.31. & est communis omnium DD. opinio,de qua testatus est Sucin.iun.in d.l.Gallus, nu.40.Ias.nu. 50. & Moder.Bonon.in d.l.posthumo,nu.3.& 4.quæ opinio communis probatur ex pluribus,& pręcipuè ex d.l.3.in §.posthumos,ibi, dũtaxat eos posthumos appellamus, qui post mortem patris nati sunt,

6 Secundo probatur quod sint verè & propriè posthumi, nam verbi significatio propria & vera dicitur, quæ competit coniugatis ipsius verbi, & hanc regulam tradidit Stephan. de Federicis, in tract.de interpret.iuris,part.3.num.72.exemplum est in re furtiua, quæ competit ipsi furi, sicque illa duo coniunguntur at posthumus competit coniugatis,quia humati est sepeliri, sed posthumus competit humationi, ergo propria significatio & per consequens verè & propriè posthumus.

Tertiò propria & vera significatio est,quæ veritatem sequitur, l.3.§.hęc verba,ff.de neg.gest.l.statuis,ff.de iure fisci, dixit Stephan.de Federic.in loco præmonito, tunc sic argumentatur; Is qui nascitur post mortem, dicitur sequi veritatem, ergo verè & propriè posthumus.

7 Quarto & vltimo, posthumi nati post mortem patris dicuntur propriè posthumi; Probatur: quia propria significatio dicitur illa, quæ sumitur à vera Etymologia, Bartol. in l.omnes populi, in 6.q. ff.de iust. & iure, DD. in l.2 §.appellata, ff.si cert. pet. at vera etymologia posthumi est illa, quod dicatur post mortem patris natus, argumento l.2.§. Celsus, ff.de relig. & sumpt.fun.ergo qui nascitur post mortem, dicitur verè & propriè posthumus, quæ etymologia an sit vera, videbimus in tertio capite. Concluditur ergo per hæc, quod qui nascuntur post mortem patris, non solum posthumi dicuntur,sed etiam verè,& propriè.

8 Secunda est species posthumorum, eorum s.qui nascuntur viuo testatore, post factum testamentum, sed in hoc articulo tres DD. opiniones reperio,Prima est eorum qui dicunt hunc posthumum impropriè esse posthumum, & hæc est communis opinio Secunda fuit illorum existimantium quod iste natus post testamentum dicatur verè, & propriè. Tertia fuit opinio Moder.Bonon.in d.l.posthumo,qui fœdere distinctionis reconciliabant has contrarias opiniones.

Discutiamus igitur an vera sit communis opinio,quod nati post testamentum viuo testatore dicantur impropriè posthumi. Et pro ea

Primo loco adducitur text. in l.3. §.1. ff.de iniust. rupt. in quo residet hæc tota quæstio; ideo refero omnia verba illius text. dicentis, Posthumi per virilẽ sexum descendentes ad similitudinem filiorum nominatim sunt exhæredandi, ne testamentum rumpant, subdit deinde textus. Posthumos eos dumtaxat dicimus qui post mortem patris nascuntur, ergo propriè dicũtur illi qui post mortem patris nascuntur,alij autem impropriè.

9 Confirmatur hoc per illam dictionem taxatiuam dumtaxat,quæ excludit omnem alium significationẽ,vt per illum text. notant DD.in l.Gallus, in §.& quid si tantum,de lib. & posth.

Ego verò qui hoc in loco sum assequuturus opinio.contra communem,quod imò natus post testamentum sit propriè posthumus, singulis argumentis singulas accommodabo responsiones. Et quod attinet ad hunc tex, in quo fundatur opinio communis,

Respondeo primo loco, quod quis non potest bene de aliqua parte legis iudicare nisi tota lege perspecta, l.incivile, ff.de legib. meritò si omnia verba ipsius text.considerentur, potius contrarium verius esse ex liquido constabit, dicitur ergo, Posthumi per virilem sexum descendentes,ad similitudinem filiorum nominatim sunt exhæredandi, ne testamentum rumpant. deinde subdit, Posthumos eos dumtaxat, dicimus, qui post mortem patris nascuntur. Sequitur deinde I.C.sed & hi qui post factum testamentum nascuntur in vita patris,ita demum per l. Velleiam testamentum rumpere prohibentur, si nominatim sunt exhęredati, nam Diuus Marcus idem decreuit in posthumo quod in filio seruandum. Ex quo text. colligitur, quod in verbis finalibus, I.C. appellat ibi posthumum tam natum in vita, quàm post mortem patris: nam supra fecerat mentionem de his, qui nascuntur post mortem, deinde de his qui nati sunt post testamentum,& tamen comprehendendo vtramq; speciem appellat solummodo per nomen posthumum, dicendo: Nam Diuus Marcus idem decreuit in posthumo quod in filio seruandum, ergo natus post testamentum est propriè posthumus, & sic ille text. in contrarium retorquetur,quo sensu stante.

10 Non obstant illa verba, Posthumos eos dumtaxat dicimus qui post mortem patris nati sunt. Et sic non obstat illa dictio taxatiua, quæ est in causa vt iste text. cauilletur, cum apud me nihil faciat, quia ipsa non excludit casus similes, l.obęs, C.de præd.min. est text. in §.quos autem, infra, de bon. posses.ibi,per l.non tantum, tamen deinde subdit veluti per similem iuris constitutionem, vnde,cum non excludat casus similes, ergo non excluderetur posthumus natus in vita post testamentum, sed bene ipse comprehenderetur sub appellatione posthumi, quasi dixerit I.C.ibi non solum posthumos dicimus, qui post mortem patris nascuntur,sed & ij qui post testamentum nati sunt posthumi dicuntur,et ratio est, quia I.C.dicit, nã D.Marcus idem decreuit in posthumo,quod in filio seruandum,& sic de primo ad vltimum ille text. retorquetur.

Replicari tamẽ posset ad hanc nostram responsionem

ſionem, quod imò propriè posthumi dicuntur illi qui poſt mortem patris tantum naſcuntur, alij autē impropriè, vt ibi dicitur, posthumos eos dumtaxat dicimus, qui poſt mortem patris naſcuntur, & non obſt. id quod in fine dicitur, nam Diuus Marcus idem decreuit in posthumo quod in filio ſeruandum: nam reſpondetur quod ibi nati poſt teſtamentū veniunt ex mente, & ex ratione, non autē ex verbis, nam ex quo Vlpianus, mandat posthumos exhæredari vult, vt ea ratione extendatur etiā ad eos qui nati ſunt poſt factum teſtamentum, & ſic non de proprietate, arg. l. nominis & rei, §. verbum ex legibus, ff. de verb. ſign. vbi verbum, ex legib. ſic accipiendum eſt, tam ex legum ſententia; q̄ ex verbis, quod patere videtur dum inquit textus in alijs verbis, ſed & hi qui poſt factum teſtamen-
11 tum, &c. quæ aduerſatiua cum copula, demonſtrare videtur diuerſitatem in facto, & identitatem in iure. Bar. in l. patris & filij, num. 1. ff. de vulg. & pupill. & ſic quo ad effectum tantum comparatio facta videtur, non autem quod æquè & propriè nati, poſt teſtamentum dicantur posthumi. Neque obſt. quod dictio taxatiua non excludat ſimiles caſus, tamen illi videntur venire, non ex verbis, ſed ex ſententia legis, d. §. quos autem, nos autem quærimus de proprietate ipſius vocabuli, posthumus, ergo. Non obſt. etiam quod ſub hoc nomine posthumi, I. C. voluerit comprehendere tam natum in vita, quàm poſt mortem, nam reſpondetur quod hoc non facit, nam vno reſpectu illa vox posthumus ſtabit propriè alio impropriè, vt in ſimili videmus, in l. 2. ff. de offic. procon. & leg. vbi verbum manumittere, reſpectu filiorum ſtat impropriè, reſpectu ſeruorum propriè, ſic in caſu noſtro, ille tex. optimè videtur probare communem opin.

Reſpondetur ad hanc inductionem defendendo opinionem cōtrariam, quod ex quo Vlpianus ſub vno nomine posthumi, voluit comprehendere vtramque ſpeciem, dum ibi dixit, nam diuus Marcus idē decreuit in filio, quod in posthumo ſeruandum, dicendum eſt, quod natus poſt teſtamentum ſit propriè posthumus. Nec obſtat quod ipſi nati in vita videantur venire ſub appellatione posthumi ex mente, & ex legis ratione, non autem de proprietate, nam ego reſpondeo eos venire non ex mente, ſed ex verbis expreſſis, per illa verba: nam Diuus Marcus &c.

12 Non obſt. etiā, q̄ dicebatur quod verbum illud posthumus ſtabit propriè reſpectu natorum poſt mortem, impropriè reſpectu natorum poſt teſtamentum: nam ego reſpondeo inficiando quod reſpectu natorum poſt diſpoſitionem ſtet impropriè: nam proprietas ſumitur ab authoritate I. C. Bart. in l. omnes populi, num. 59. ff. de iuſt. & iure, quos credēdum eſt propriè loquutos fuiſſe, l. non aliter, de leg. 3. imò mens deprænditur ex verbis, l. Labeo, §. idem Tubero, ff. de ſupell. leg. cap. intelligentia ſermonum, de verb. ſignif.

13 Confirmatur per pulchram doctrinam I. C. in l. in vſu, ff. de verb. ſign. vbi id quod in vſu iuris eſt nobis tribuit proprietatem, ita per illum text. dixit Berengar. in l. vnica, C. quando non petent. part. accr. Alciat. lib. 1. de verb. ſig. Corraſ. in Rubr. C. de impub. & alijs ſubſt. num. 22. Bart. in l. 1. num. 31. & in l. 2. §. appellata, num. 1. ff. ſi cert. pet. Sed ſic eſt quod in vſu I. C. eſt, vt appellent posthumum natum poſt teſtamētum, ſimpliciter posthumum, vt infra videbimus, ergo.

Confirmatur & ſecundo, quia quotieſcunque DD. & legumlatores intelligunt loqui de posthumis largè, & impropriè non ſimpliciter eos posthumos appellant, ſed posthumorum loco, l. posthumorum, ff. de iniuſto rupt. §. posthumorum loco, infra de exhæred. liber. & multis alijs legibus, ergo DD. ſimpliciter loquendo de posthumis, debent intelligi quod nati in vita ſint propriè posthumi.

14 Non obſtat etiā illud quod vnum verbum poſſit ſtare propriè & impropriè, vt in d. l. 2. de offic. Procons. nam reſpondetur, quod iſtud eſt verum, quando conſtat I. C. impropriè velle loqui, vt ibi, ſecus autem eſt in dubio, vt in caſu noſtro, in quo adeſt maxima iuris præſumptio, quod I. C. voluerit impropriè loqui, d. l. non aliter.

Præterea & ſecundo reſpondetur, quod illud eſt quidam loquendi modus, lex enim omnes in genere propriè eſſe posthumos dixit, tamen expreſſit vnam ſpeciem, & ei addidit vnam taxatiuam, ſicuti in §. quos autem, vbi licèt æquè & propriè eſſent leges in genere, & licèt Imperator potuiſſet dicere per legem enim, vel per ſimilem iuris conſtitutionem, tamen addēdo illam taxatiuam, fuit quidam loquendi modus, & vſu dicendi per legē tantum.

15. Item, non obſtat quod illa aduerſatiua (ſed) iuncta cum copula quæ denotat diuerſitatem in facto, & identitatem in iure: nam ego hoc admitto, quia vnus poſt mortē naſcitur, alter poſt teſtamentum, ſed illa diuerſitas in facto, non diuerſificat ſubſtantiam & proprietatem, ſicuti diuerſitas in modo legandi, non facit legata inter ſe propria appellatione differre, ſed pariter diffinitur legatum, videlicèt, quod ſit donatio in teſtamento relicta, & tamen legatum pariter propriè dicitur; alia autem ſunt accidentia, quæ non attenduntur, l. Prætor ait. §. dicere, ff. vi bon. rapt. Bart. in l. 1. ff. de acquir. poſſeſs.

Secundo principaliter reſpondetur, vt per Mod. Bonon. in l. posthumo, nu. 4. C. contra tabul. quod in d. §. posthumos, I. C. nolebat dicere ſignificationem huius verbi, posthumus, ac eius proprietatem, ſed quod posthumi ſint aut exhæredandi aut inſtituendi, ne teſtamentum rumpant: & ideo in princ. illius legis poſuerat Vlpianus hanc præpoſitionē, dicens, posthumi ſunt inſtituendi vel exhæredandi, ſed quoniam dubitari poterat de posthumis natis in vita, ideo ibi text. determinauit, quod idem iur etiam ſit in posthumis natis in vita, ſicuti in alijs per prouiſionem legis Velleiæ, non ergo quæritur ibi, an nati poſt teſtamentum ſint verè posthumi, nec ne?

Tertio reſponderi poteſt ex mente Alex. quod ille text. loquitur ſecundum etymologiam primā & naturalem posthumi, tamen non negat, quod hodie propter legis diſpoſitionem etiam nati poſt teſtamentum non ſint verè & propriè posthumi.

16 Quarto & vltimo ego reſpondeo ad d. text. dando nouum intellectum ad verſ. illum quod dum ibi I. C. dixit, posthumos eos dumtaxat dicimus, qui

poſt

post mortem patris nascuntur; non voluit demonstrare & dicere, quod posthumi propriè dicantur illi solummodo qui nati sunt post mortem patris, sed voluit denotare quandam consuetudinem & communem appellationem apud homines extare, vt solummodò appellarēt posthumos, qui nascuntur post mortem patris, quæ tamen consuetudo & appellatio inspecta verborum proprietate, & vocabuli, falsa erat: & propterea subijcit Vlpianus alia verba; sed & hi qui post factum testamentum nascuntur, posthumi propriè dicuntur; quasi corrigat, & corrigendo reprehendat illam erroneam consuetudinem & communem omnium appellationem, nam non solum qui nascuntur post mortem, sed & ij qui nascuntur post testamentum propriè dicuntur posthumi, ergo ille text. contrarium probat.

Secundo tamen pro opin. communi quod nati post testamentum sint impropriè posthumi, deducitur text. in l. nomen filiarum, ff. de verb. sign. vbi nomen filiarum, in posthumas cadere quæstionis non est, quamuis posthumus non cadere in eā quæ iam in rebus humanis est certum sit, ergo colligitur ex lege, quod posthumus, non cadit in hos qui nati sunt, ergo post testamentum nati non sunt propriè posthumi; & ita argumentabatur Ias. in dicta l. posthumo, C. de contra tabul.

Respondetur ex Decio in d. l. posthumo, nu. 24 quod ille text. non facit ad propositum, quia loquitur de illa quæ erat nata tempore factæ dispositionis, quo casu clarum est & indubitatum, quod non comprehenditur sub appellatione posthumi; nos autem loquimur de illa, quæ tempore dispositionis erat in vtero, quæ si postea nascatur post mortem, vel in vita disponentis, benè comprehenditur, ita etiā ad hunc tex. respondent Moder. Ferrariens. in d. l. posthumo.

17 Tertio tamē pro communi adducitur argumentum ab etymologia vocabuli, ex qua proprietas sumitur DD. in Rubr. ff. de acquir. possess. & in l. 2. ff. si cert. pet. sed posthumus dicitur post humationem patris: nam humatio refertur ad sepulturam, ergo propriè non dicetur natus post testamentum.

Respondetur, quod in iure non probatur hæc etymologia, cum illa non conueniat alijs tribus speciebus, & an hæc etymologia an alia sit admittenda, videbimus in tertio capite de quo infra dicemus.

Secundo respondetur, quod ad habendam proprietatem, recurrimus ad vsum Iurisconsultorum, l. in vsu, ff. de verb. signific. at I.C. appellant posthumum illum qui est natus post testamentum, ergo. Maior probatur per Bart. in d. l. 1. nume. 31. & in l. 2. §. appellata, ff. si cert. pet. vbi ante omnia recurrendum est ad authoritatem Iurisconsultorum deinde ad definitionem, vltimo loco ad etymologiam, vt per Alciat. in d. l. 1. de verbor. sign. adeo, quod etymologia non est attendenda quando in vsu Iurisconsultorum aliud habetur. Minor probatur per ea quę a nobis, infra dicentur pro parte affirmatiua.

18 Quarto loco arguitur: plerumq; figuratus modus loquendi ad improprietatem tendit, vt tradunt DD. in Rubr. ff. soluto matr. at I.C. appellant posthumum illum in vita, per figuratum modum loquendi, ergo. Minor probatur: quia appellāt posthumum ab effectu, vt facit l. si filius, ff. de liber. & posth. l. fi. ff. de duob. reis, vt euenit in sponsa, quæ licèt non sit verè sponsa, tamen ab effectu illam appellamus, vt est tex. in l. si sponsa, ff. de spons. l. quęsitum, §. si mihi, ff. de leg. 1. exemplum est etiam in hæreditate, nam lex appellat illos hæredes, qui non sunt, sed futuri sunt, ita & hic.

Respondetur, quod imò ex verbis expressis, vt supra dixi in responsione ad d. l. 3. §. 1. ff. de iniusto rupto.

Quinto comprobatur communi opin. posthumi alij dicuntur non nati, alij nati, l. fin. C. de liber. præter. ergo nati dicuntur impropriè posthumi.

Respōdetur, quod istud est de quo disputamus, & negatur quod illi qui sunt nati, dicantur impropriè posthumi, & qui hoc dicit, probare tenetur, cum pro Iureconsultis sit præsumptio, vt supra diximus.

19 Sexto & vltimo pro hac opin. communi adducitur: Posthumus dicitur vēter, l. extraneo, ff. de vent. inspic. sed posthumus in vita natus non potest dici venter, ergo impropriè posthumus.

Respondetur, quod posthumus non potest dici venter habito respectu ad eos qui nascuntur post testamentum, sed respectu eorum qui nascuntur post mortem patris, dicitur venter, adeo, quod argumentum procederet si non daretur nisi vnica species posthumorum, videlicèt, illorum, qui nascuntur post mortem; at nos præsupponimus, posse dari plures posthumorum species, secundum magis receptam sententiam, inter quas reperitur ista, quę est eorum qui nascuntur post testamentum viuo testatore, & hac de re quærimus an hæc species sit propriè, ergo argumentum istud non facit, & sic communis opinio non subsistit.

20 Vnde contrariam opin. quod imò nati in vita testatoris, post testamentū sint verè & propriè posthumi, sicuti nati post mortem, tenuerunt Alexand. in Rubr. ff de lib. & posthum. Dec. in d. l. posthumo, licèt Dec. deinde mutauerit opin. quam sententiam ego in puncto iuris veriorem esse existimo.

Primo moneor, quia proprietas sumitur ex verbis Iurisconsultorum d. l. vsu, Bart. in l. liberorum appellatione, num. 2. ff. de verb. signific. sed I.C. appellant natum post testamentum simpliciter posthumum, vt in l. 3. vers. nam diuus Marcus; ff. de iniust. rupt. §. nominatim, d. l. 3. l. posthumus, ff. eo. tit. facit l. si quis ita, §. fin. ff. de testam. tutel. l. 2. ff. de vulg. & pupill. l. posthuma, ff. de lib. & posth. l. fin. ff. de assignat. libert. l. fin. §. fin. C. de posth. hæred. inst. §. fin. supra qui test. tutor. dar. poss. in quibus omnibus posthumus simpliciter appellatus est à Iureconsultis ille, qui tempore conditi testamenti non erat in potestate patris, & sic ille, qui natus est post testamentum.

Nec obst. responsio Socin. in d. l. Gallus, dicentis, quod ideo in dictis ll. I.C. appellarunt natum post testamentum posthumum, quia putarunt vt nasceretur post mortem patris, & sic ex improprietate & extra intentionem illorum, ergo impropriè,

arg.

arg. l. non omnis, ff. si cert. pet. Nam respondetur, quod hæc est maxima violatio ad illa iura, & est quædam diuinatio dicere, credebam filium meum fuisse nasciturum post mortem, contra l. si pretor, ff. ad l. Aquil. Item in dubio non est credendum impropriè Iurisconsultos loquutos fuisse.

21 Secundo probatur ista opinio contra communem. Genus complectitur omnes suas species, sub se verè & propriè, l. quoties, ff. de verb. oblig. §. scriptum autem ius, supra, de iure natur. gent. & ciuili, dixit Ruinus in Rubr. ff. de verbor. oblig. sed vox posthumi est nomen genericū, vt per glos. in Rubr. C. de posth. hęred. instit. vt supra diximus, ergo propriè comprehendi illum natum post testamentum sicuti natum post mortem.

Respondent nonnulli, quod genus omnes suas species propriè comprehendit, quando sunt eiusdem naturę, secùs verò, quando sunt diuersæ, vt est exemplum in conuentione, quæ est nomen generale, tamen continet sub se pollicitationem propriè, cum sit contraria alijs speciebus, est enim pollicitatio solius offerentis promissio, l. pactum, ff. de pol licit. quod autem in casu nostro sint diuersæ naturæ, patet; quia vnus nascitur post mortem, aliter post testamentum, ergo.

Replico, quod non sunt diuersæ naturæ sicuti conuentio & pollicitatio: nam diuersitas tantum est in tempore, identitas verò in substantia, quæ non tollitur per diuersam naturam, ergo ex eo probatur quod sint propriè posthumi nati post dispositionem.

22 Tertio augetur opinio contra commun. per text. in l. si quis ita, §. fi. ff. de testam. tut. vbi tutor datus posthumo, datus etiam censetur nato post testamentum, ergo vbi est casus legis clarus, ibi nulla est adhibenda dubitatio, l. ancillæ, C. de furt.

Confirmatur: quia ibi sumus in materia tutelę, quæ strictè intelligitur, Bart. in l. liberorum, nu. 5. de verb. sig. tamen in ea venit etiam ille natus post testamentum, ergo propriè, argum. l. cum quidam, ff. de lib. & posthum.

Ad hunc text. conantur DD. respondere & primo loco Ias. in l. Gallus, num. 53. quod ideo tutor datus posthumo censetur datus etiam nato in vita, fauore pupillorum ex quadā lata interpretatione.

Replico ad hanc Ias. responsionem, quod si fauor pupillorum attenderetur tanquam non verè posthumus, ille etiam non deberet comprehendi sub exhæredatione, sed hoc est falsum, quia exhæredato posthumo censetur etiam exhæredatus post testamentum, §. nominatim, l. 3. ff. de iniusto rupto, de quo textu infra dicemus, ergo corruit responsio Ias.

Secundo tamen ad illum text. respondebant quidam Nouissimi, quod ibi comprehenduntur iam nati, quia ibi agitur de testamento, in quo plenius voluntas testantis interpretatur, l. in testamentis, ff. de reg. iur. non autem ex proprietate veniunt.

23 Ego replico quod si lata fieret interpretatio propter fauorem filiorum tunc dico, quod in materia tutelaria venirent etiam nepotes, quod tamen est falsum, per totum tit. ff. de testam. tutel. §. fin. Inst. qui testamento tutor. dar. poss. ergo corruit dictum,

Tertio respōdebant Socin. & alij, in d. l. Gallus, dicentes, quod imò datio tutoris est fauorabilis, & non agitur in ea de aliquo odio, vnde non est mirum, cum sit actus fauorabilis, quod veniat natus post testamentum, cum in causa fauorabili lata fiat interpretatio, quę attendi debet, cum principalis sit, l. qui exceptionem, ff. de cond. indeb. l. si quis nec causam, ff. si cert. petat.

Replico, quod hoc est verum à principio, propter fauorem filiorum, tamen si inspiciamus personas tutoris, tunc etiam à principio videtur esse grauamen, l. tria onera, ff. de accusat. tut. § fi. supra, de legit. patent. tutel. Bart. in l. liberorum, & in l. si nepotes, ff. de verb. sign.

Quarto respondebat Æmilius Ferrettus in dicta l. Gallus, num. 1. & Zasius in §. item si quis, infra, de act. quod ibi appellatione posthumi, veniūt iam nati, ex quadam benignitate, & equitate, secùs esset si cessaret d. æquitas, & quod id sit verum, patet ex illis verbis I. C. dicentis, & magis est, vt vtilis datio fiat.

Ego replico, quod etsi dicat ibi tex. & magis est, vt vtilis datio fiat, intelligo, vt magis datio tutoris sit valida, iuxta text. in l. cum mota, & ibi glos. in verbo vtilis, C. de transact. vbi quærebatur, num ex ea conuentione de qua ibi daretur actio, & respondet Imperator, eam vtilem esse, idest validam, & efficacem, sic in casu nostro quærebatur an illa datio tutoris valeret, & respondet text. & magis est quod valida datio detur, ergo non valet ex æquitate & ex speciali gratia, sed quia in effectu datio illa valeat.

Quinto & vltimo ad hunc text. respondebant Moder. Bonon. num. 4. in d. l. posthumo, quod si esset verum, quod de proprietate vocabuli sub datione tutelæ posthumo, veniret etiā natus in vita post testamentum, tunc sequeretur quod vana esset illa dubitatio Iurisconsulti in illo tex. dum dixit, si posthumis dederit tutorem, ijque viuo testatore nascantur, an datio valeat? & respondet, quod magis vtilis datio fiat, etiam si viuo nascantur; Sed hoc non est dicendum quod frustra dubitasset I. C. an valeret illa datio tutoris, ergo dubitando datur intelligi, quod nati post testamentum nō venirent de proprietate sub appellatione posthumi, ergo ille tex. non videtur probare opin. nostram.

Replico quod dubitatio I. C. erat in eo quando superest causa efficiens, scilicet quando pater superuiuit, tunc potest dubitari, vt animaduertit Bar. & in terminis est tex. in l. 1. tractabatur, ff. de mil. test. vbi tractabatur an aliquid immutari vel indulgeri possit in testamentis paganorum, & inquit, quod non, patre viuente, mortuo tamen subueniendum est, vt in l. 3. ff. de inoff. testam. nam si pater superuiuit, poterit illud mutare; & hinc est quod dicit Ias. in d. l. Gallus, quod ideo Gallus Aquilius prouidit tantum nasciturris, non autem natis: ratio est, quia illis natis in vita patris non poterat prouideri, cum pater deinde haberet potestatem mutandi id quod ab eo statutum fuisset, meritò ibi dubitabatur, non autem aliquod erat dubium de proprietate, an scilicet de propria vocabuli significatione etiam natus post testamentū, veniret sub appellatione posthumi

humi in materia dationis tutelę; non obst. ergo talis inductio Modernorum.

Nec obstat si adhuc obijcias cõtra hanc respons. dicens, quomodo possunt esse verba clara proprietatis, quod natus in vita veniret de proprietate sub appellatione posthumi, cum dicat ibi tex. & magis est, vt vtilis datio fiat, idest de æquitate, non autem de proprietate.

Respondeo enim, quod imò erant clara verba proprietatis, sed erat quæstio & dubium de mente testatoris, vndè, non est mirum si dicatur ibi magis est vtilis datio fiat, scilicet vt testator omnibus prouiderit, hoc patet ex d. §. ibi, quid si posthumis dederit, & sic ibi comprehenduntur posthumi nati in vita, tamen ex mente disponẽtis expressa quam ex proprietate, dicendo posthumum eum qui natus est post testamentum.

24 Quarto & vltimo pro hac eadem opinione contra commun. facere videtur, in exhæredatione strictè est procedendum, cum sit odiosa, l. 1. §. 1. ff. de ventre inspic. l. multi, ff. eod. cum glos. ibi, tunc sic argumentor: quando exhæredatur posthumus, nõ solum censetur exhæredatus natus post mortem patris, sed etiam natus in vita post testamentum, text. est in l. 3. §. nominatim, ff. de iniusto, rupto, vbi dicitur, sed si ita dixerit; posthumus exhæres esto, natus vel post mortem, vel viuo testatore post testamentum non rumpet, ergo si comprehenditur natus post testamentum, in casu in quo strictè proceditur, ergo venit ex vocabuli proprietate.

Respondebat Decius in secunda lectura, nu. 17. in d. l. posthumo, quod ibi comprehenditur posthumus natus in vita, non quia sit propriè posthumus, sed quia constabat de voluntate testantis, nam valebat vt testamentum eius sustineretur, si verò non constaret de mente disponentis vtique appellatione posthumi non comprehenderentur nati in vita, & hanc solutionem sequuti sunt Alciatus & Socin. iun. in d. l. Gallus, nu. 43. & est cõmunis.

Replico, quod imò I. C. ibi à pari procedit, de omnibusque propriè loquutus est, & qui dicit impropriè loquutum eum fuisse, tenetur probare.

Secundo replico, retorquendo dictam Decij responsionem: nam testator cẽsetur velle restringere odium, ca. odia, de reg. iur. in sexto. at si diceremus, posthumos natos in vita non venire ex proprietate in exhæredatione facta de posthumo, sed quia hoc voluit testator, sequeretur ꝙ ampliaremus odium, quod est falsum, ergo dicendum est, quod ipsa proprietas fuerit in causa, quod natus in vita sub exhęredatione comprehendatur.

Tertio replico, ꝙ si natus post testamentum non veniret ex proprietate verborũ appellatione posthumi, tunc exhæredato posthumo non diceretur exhæredatus natus post testamentum, etiam quod appareret de voluntate expressa disponentis, quia dispositio priuatorum non potest derogare proprietati verborum traditæ à lege, & hinc est, quod si testator dederit tutorem filio cum hac intẽtione, quod intelligeretur etiam datus nepoti, & hoc appareret de eius voluntate, tamen tutor datus filio non dicetur datus nepoti, text. est in §. fin. qui test. tut. date poss. ergo quantumcunque appareret de voluntate patris volentis etiam exhæredare natum post testamentum, non diceretur exhæredatus, si ipse non comprehenderetur propriè sub appellatione posthumi, at in d. §. nominatim, dicitur, ꝙ exhęredato posthumo est etiam exhęredatus natus post testamentum, ergo dicendum est, quod hoc factum sit, eo quia est propriè posthumus.

Ex his firma remanet opinio contra commun. quod propriè posthumus dicatur etiam ille qui nascitur post testamentum, viuo patre, quam opin. vt veriorem sequuti etiam sunt Alciat. in d. l. Gallus, num. 2. Pontanus, num. 96. & Fortuni. num. 31.

Tertia & vltima erat opinio reconciliatiua Moder. Bonon. in d. l. posthumo, num. 5. quod posthumus dupliciter consideratur, aut naturaliter, aut legaliter; si naturaliter, tũc vera est opinio commun. quod posthumus propriè dicatur is, qui post mortem patris est, cum de iure naturæ non consideretur factio testamenti, & sic eo tempore hoc nomen posthumus, non poterat ad natum post testamentum aptari; si consideremus legaliter, propter institutionem, exhæredationem, & præteritionem, tunc natus post testamentum est verè & propriè posthumus, sicuti natus post mortem.

Sed Domini, ego existimo hanc Moder. Bonon. reconciliationem non esse tutam: nam licèt consideremus posthumum respectu institutionis, & prę teritionis tamen non sequitur ꝙ institutio, aut prę teritio faciat eos proprie posthumos, quod patet: quia si ipsi non instituerentur nec exhæredarentur, statim rumperẽt testamentum tanquam verè posthumi, ergo ipso iure nati post testamentũ sunt propriè posthumi, nec institutio aut exhęredatio facit eos propriè posthumos, sicut crediderunt ipsi Moder. Bononienses.

25 Superest nunc vt ad tertiam posthumorum speciem accedamus, eorum scilicet, qui post testamentum sunt adoptati, glos. est in Rubr. C. de posth. hæred. inst. Ias. Alex. Alciat. in d. l. Gallus, nu. 9. Salomon. nu. 22. & DD. communiter hic, quę species ex pluribus probatur, &

Primo per tex. in l. filius à patre, §. filiusfamilias, ff. de liber. & posthum. vbi filiusfamil. miles fecit testamentum, de castrensi peculio, habens filium adoptiuum, sed cum militare desijsset, decessit pater eius, & sic auus nepotis adoptiui, qui quidem adoptiuus non fuit institutus, neque exhæredatus à patre, quo mortuo, factum est, vt filius militis in potestatem eius sit reuersus, qui prius non erat, cũ antea non fuerit, cum vterq; esset in potestate aui, quęritur modo, vtrum rumpatur testamentum nec ne? & deciditur quod sic, cum iste filius adoptiuus non esset, neque hæres institutus neque exhæredatus, si ergo rumpit testamentum, ergo adoptiuus post testamentum adoptatus dicitur posthumus.

26 Secundo probatur argumento eorum quæ habentur per tex. in princ. tit. supra quib. mod. test. infir. vbi adoptatus rumpit testamentum, si rumpit illud, ergo dicitur posthumus.

Tertio confirmatur: quia filij adoptati dicuntur fictè & non verè filij, argum. §. minorem, supra de adopt. nam filij adoptiui est imaginaria ac ficta filiatio, l. mulieres, C. de adopt. l. 2. ff. de adopt. tunc

sic

sic argumentor; tantum operatur fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero, sed filius natus post testamentum dicitur posthumus, vt supra, ergo est posthumus etiam ille qui post testamentum est adoptatus.

Quarto, nam licèt adoptatus non sit verè, sed fictè filius; dicitur tamen verè legitimus, argum. d. §. minorem, supra de adopt. l. pen. C. eod. l. ea facto, vbi glos. ff. ad Trebell. ita, quod sit legitimus quo ad omnes iuris effectus, §. adoptiui, infra eod. titulo nostro. Alciat. in Rubr. ff. de lib. & posth. num. 7. est text. in l. si cognatis, ff. de reb. dub. sed legitimus & naturalis dicitur posthumus, ergo & adoptatus.

27 Quinto & vltimo probatur: filius adoptatus licèt non sit verè filius, tamen inspecto effectu adoptionis, adoptatus rumpit testamentum, qui quidem effectus attendi debet, nam ipse rem ac substantiam facti declarat, l. non codicillum, C. de testam. si ergo adoptiuus effectu rumpit testamentum, ergo dicitur posthumus.

Contrariam tamen opin. sequuti sunt DD. communiter, quod imò sint impropriè posthumi; & in his terminis loquuntur Doctores supra citati. Nec obstant in contrarium deducta, &

Primo, non obst. text. in d. l. filius à patre, §. filius familias, nam respondetur, quod filius adoptiuus rumpit testamentum, non quia sit posthumus, sed tanquam filius legitimus, & filij legitimi quando sunt præteriti, rumpunt testamētum, l. in suis, ff. de lib. & posth. ergo cum filius adoptatus fuerit præteritus, non est mirum si rumpat testamentum, ergo non dicitur posthumus: nam non tenet consequentia, adoptiuus rumpit testamētum, ergo posthumus: nam non est idem effectus, dato, quod sit idem, inducitur in diuersis respectibus, & ex diuersis rebus, vt est in obligatione, quæ procedit ex contractu diuerso; tamen nullus dixerit, quod obligatio quæ prouenit ex cōtractu mutui, dicatur contractus stipulationis, vt patet ad sensum; & per hæc solluntur & secundum & tertium argumentum.

Ad quartum respondetur, quod ibi prouenit illud ex effectu, non autem ex essentia rei, ergo.

Quinto & vltimo non obst. quia vt sup. dixi, non disputatur de effectu, sed de proprietate, vnde hæc duo cum tanquam diuersa sint non est ex eis inferendum, firmum remanet ergo; quod adoptatus post testamentum sit impropriè posthumus.

28 Quarta est species posthumorum, eorum scilicet qui post mortem Aui incipiunt esse in potestate patris sui, vt sunt nepotes, qui Auo mortuo in eorum patris incipiunt esse potestate; glos. in d. Rub. C. de posth. hæred. inst. & hic in §. posthumi, & est communis opinio,

Quæ probatur ex d. l. filius à patre, §. filiusfamil. ff. de lib. & posth. vbi nepos qui incipit esse in potestate patris, & inuenit se præteritum, rumpit testamentum, si rumpit, ergo posthumus.

Sed intelligatis ꝙ sit posthumus impropriè, non autem verè, & ita intelligunt DD. Nec obst. d. §. filiusfamilias; nam respondetur, quod non valet consequentia, rumpit testamentum, ergo est verè posthumus, patet: nam etiam iam natus ante testamentum, si est præteritus, rūpit illud, & tamen non est posthumus, ideo ibi rumpit, non quia sit posthumus, sed quia militat eadem ratio quæ in iam nato. Probatur: quia ipsa institutio & exhæredatio dicuntur ambo esse de forma testamenti, d. l. inter cætera. Et appellatione filiorum non continentur propriè nepotes, l. nomen filiorum, de verb. signif. l. 5. ff. de testam. tut. modo ratio rationis: quare pro forma traditum sit, ꝙ debeant filij siue nati siue posthumi instituti, ratio est secundum DD. ne filius iniuria afficiatur, §. aliud quoque capitulum, in Authen. vt cum de appell. cognosc. Alciat. in l. in suis, ff. de lib. & posth. & idem Alciat. lib. 4. Paradoxorum, nam si testator non instituit natum vel nasciturum, necesse est vt exhæredet, ne sequatur absurdum, quod duo darentur domini in solidum, qua de re concludo, tales nepotes dici habere effectum posthumi, sed verè nō sunt posthumi, sed rumpunt vt procedat continuatio dominij. Item militat eadem ratio quæ in adoptiuis, & quæ in filijs legitimis & naturalibus, ergo,

29 Quinta est posthumorum species, qui post mortem patris incipiunt esse in potestate Aui, & sic sui, vt per d. glos. C. de posth. hæred. inst. l. filius à patre, ff. de lib. & posth. §. filiusfamilias, & sic totum è contra de eo ꝙ diximus in quarta specie, l. posthumorum, ff. de lib. & posth. §. posthumorum loco, infra eod. tit. est text. & in terminis, in l. Gallus, §. nunc de lege Velleia, ff. de lib. & posthum.

Respondetur, quod est posthumus quo ad effectum, non quo ad essentiam, nam aliud est esse tale, aliud haberi pro tale, quam opin. tenent Alciat. in d. l. Gallus, num. 46. & DD. communiter: nam non tenet consequentia, rumpit testamentum, ergo est posthumus, nam inquit ipse Alciat. præteritus habet querelam inofficiosi, item frater si fuerit præteritus, tamen nullus dixerit quod licèt sint idem effectus querelæ, quod filius & frater sint idem, sic in casu nostro.

30 Sexta est species illorum qui post testamentum legitimantur, Bald. in l. filius à patre, §. filiusfamil. ff. de liber. & posth. vbi posthumus sit per adoptionem, vndè; si fit per adoptionem posthumus, ita, vt transeat in adoptantem, sic per legitimationem quis intrat in potestatem legitimantis, Auth. aliquando, de nupt. ergo legitimatus post testamentū dicitur posthumus.

Intelligatis vt supra, quod non sit propriè sed impropriè posthumus, respectu scilicet effectus, non quo ad essentiam rei, & de hac sexta specie plura cumulat Decius & Mod. Ferrar. & Mod. Bonon. in d. l. posthumo, num. 8. C. de contra tab.

31 Septima est & vltima species posthumorum, videlicet monasterium, quod quidem dicitur posthumus, finge, Titius fecit testamentum, postea ingreditur monasterium, tunc hoc monasterium habetur loco filij, ergo filius censetur, quod si sit præteritus, & tāquam filius rumpat testamentum, ergo dicitur posthumus. ita Ias. in d. l. Gallus, vbi Alciat. etiam num. 46. & est opinio communis Canonistarum, in Auth. ingressi, C. de sacros. eccl. licèt opinio Legistarum sit penitus in contrarium.

Intelligatis, quod monasterium sit posthumus impropriè, quoad effectum scilicet, Confirmatur

per

per Berolum, qui dicit impossibile esse Monasterium dici filium, §.minorem, supra, de adopt. Vnde concludo ex his omnibus, non esse nisi duas tantum species posthumorum verè & propriè illorum scilicet qui nascuntur post mortem patris, & illorum qui viuo testatore post testamentum nati sunt: Aliæ verò species impropriè sunt, & dicuntur posthumi, ad effectum, vt supra audiuistis.

32 Quantum verò ad secundum Caput pertinet, videlicèt, quotuplex sit Posthumorum conditio, sta tuo hoc generale axioma, quod omnes Posthumi sunt in duplici differentia, aut enim sunt sui, aut alieni, ita firmant DD. communiter in Rubr. in l.Gallus, ff.de lib.& posth. varijs in locis, quod axioma sequuntur Salomon. in d.l.Gallus, nu.8. Galliaul. ibi, nu.5. dixit vir quidem peritissimus Lelius Taurellus, Serenissimi Cosmi Magni Ducis Hetruriæ Auditor supremus, in Commentarijs ad Gallum, & legem Velleiam, pagina . Sed difficultas modo versatur maxima in cognoscendis posthumis suis ab alienis.

Ideo ante omnia scire oportet, quomodo capiatur hæc vox suus, & alienus, apud Doctores.

Aio igitur, quòd hoc nomen (suus) intelligitur suus alicui, ratione illius iuris quod prouenit à primo gradu agnationis, & sic accipitur suus, respectu illius qualitatis quam Doct. appellant suitatem, l.1.§.suos, ff.de suis & legi.hæred. Auth. Noua alia, C.de natur.liber. Secundo modo interdum hoc nomen in int. latius accipitur, vt comprehendat omnes eodem sanguine coniunctos, l.1.§.toties, ff.de ventre in poss.mitt. ita quod aliqñ consobrini sui dicantur; item & parentes sui appellantur, l.de crimine, l.neganda, C.qui accus.non poss. Tertio & vltimo accipitur suus, idest proprius, vt dicatur esse suus alicui qui ex me conceptus est, & ex meo corpore productus, quo in casu mulieres dicuntur habere suos hæredes respectu suitatis, s.filiorum ab ipsis procreatorum, & in hac tertia significatione accipit Batt. in l.1.C.de priuileg. Doct. Socin.iun. in

33 Rubr. solut. matr. Hinc factum est, vt suus posthumus appelletur proprius; quod autem suus, propriè capiatur, colligitur per DD.hic; & dicit Ias.in d.l.Gallus, nu.3. Socin.iun.nu.59. ita, quod vnum & idē sit, posthumus suus, & posthumus proprius. Sed animaduertendum puto, quia Galliaul. in d.l. Gallus, nu.6. cõtrarium asserit, quod imò hæc duo nomina inter se differant, vt per Ias.d.nu.4. vbi dicit plura requiri ad hoc vt quis dicatur posthumus proprius, quàm posthumus suus: nam secundum eum, ad hoc, vt posthumus sit suus, requiritur quod alius tempore mortis testatoris eum non præcedat in gradu, §.sui, infra de hæred.qual.& differ.l.posthumorum, ff.de iniusto rupt. ad hoc verò vt dicatur proprius testatoris, non sufficit id, sed etiam requiritur, quod tempore conditi testamenti teneat primum locum, & sic teste Galliaula terminus proprius strictius accipitur, quàm terminus suus, l.fundus, ff.de seruit.rust.præd.

34 Sed ego opinor Galliaul. non assequutum fuisse mentem Ias. nam ipse Ias. non constituit differentiam inter supradicta nomina, sed constituit differentiam inter posthumum natum, & nasciturum, vndè dictum hoc est falsum, quia nulla constituitur differentia inter proprium, et suū, quā opin. tenuit etiam Fort. in d.l.Gallus, nu.13. est tamen bene Ias. iudicio meo reprehendendus, dum vult plura requiri ad cognoscendum posthumum proprium quàm suum, cum in ambobus attendatur tempus mortis testatoris, vt infra dicemus, & in hac vltima significatione accipitur hic, & in §.sequenti, & hæc quo ad vocem suus.

35 Alienus autem duobus modis accipitur, Primò, alienus interpretatur seu exponitur, idest non suus, & ita intelligitur hic, & propriè ille quem Imperator appellat alienum, dicitur non suus, est text. in §.posthumorum, infra eod.& in §.nostro.

Secundo modo alienus dicitur extraneus, §.extranei, infra, de hæred. qual. & differ. verum licèt hæc sit propria differentia, inter has voces, tamen leges pro vno & eodem vsurpant, quod s. alienus nō suus & extraneus sint vnum & idem, vt est text. in §.posthumo, infra de legat. & in §.posthumus, eod.tit.de legat. facit tex. in prin. infra, de bon.poss. l. extraneo, ff. de ventre in poss. mitt. §.sui, infra, de hæred. qual. & diff. dicit Ludouicus Caronda in d.l.Gallus.

Sed contra hoc videtur obstare id quod dicit Port.hic in nostro §.dicens, quod extraneus dicitur filius emancipati, vt in d.§.posthumo quoque alieno, de legat. illa verò dicitur alienus qui nascitur existente in potestate, tamen cum pater eum præcedat in gradu, meritò alienus non extraneus appellatur.

36 Ego tamen arbitror veriorem esse opin. magis receptam, videlicèt nullam esse differentiam inter has duas voces alienum, & extraneum; & licèt ille qui nascitur ex filio emācipato dicatur extraneus, d.§.posthumo, tamen tex. non dicit quod non possit dici alienus, & omnes DD. in d.l.Gallus, sequuntur hanc opinionem, quæ confirmatur ex §.posthumo quoque alieno, in quo Imperator appellat in fine illius §. posthumum extraneū illum quem supra dixerat alienum, & ex hoc colligitur malè loquutum esse Tobiā, hic dicentem, quod posthumorum conditio est triplex, suus, alienus, et extraneus, cum voluerit constituere specificam differentiam inter alienum, & extraneum.

37 Si modo ea me quæratis quis sit posthumus suus, & quis alienus, dico, quod suus posthumus seu proprius ille dicitur, qui est in vtero, qui si natus fuisset viuo patre, seu post testamentum fuisset nullo intermedio & in potestate testatoris, & apud eum primum locum obtinuisset, ita videntur fateri indifferenter omnes DD. vt colligitur ex traditionibus Galliaulæ in d.l.Gallus, nu.5. Salomon.nu.8. Probatur hæc nostra descriptio ex §. posthumi quoq; infra, de hæred. quæ ab intest. defer.ibi, posthumi quoque qui si viuo parente nati essent, in potestate eius forent, sui hæredes sunt; ad idē est tex. in §.sui; infra, de hæred. qual. & differ, vbi sui hæredes dicuntur filius, & filia, & nepos ex filio, & cæteri liberi qui in potestate morientis fuerint. Tertio confirmatur ex §.posthumorum, infra eod.tit.nostro, vbi posthumorū loco sunt ij, qui in sui hæredis locum succedendo, fiunt parentibus sui hæredes; ad idem

facit

facit l. posthumorum loco, ff. de ininst. rupt. quarto per §. cum autem, supra, de tutel. Videtis ergo, quod ad constituendū posthumum suum, seu proprium, duæ qualitates simul iunctę requiruntur, s. quod si nasceretur tempore côditi testamenti, esset in potestate, & obtineret primum gradum, meri to ergo sunt reprehendendi illi, qui in eam profe-cti sunt sententiam, quod ad constituendum suum hæredem, sufficiat tantum quod sit in potestate, non autem in suitate.

38 Iste autem posthumus suus alius est primi gradus, alius vlterioris, primi gradus est is, quē nemo in iure suitatia præcedit. Vlterioris verò gradus est is, qui ex filio vel alijs præmortuis in familia agnatur, quam etiā distinctionem suorum hæredum docuit Lelius Taurellus loco supra citato.

Posthumus autem alienus siue extraneus est is, qui nascitur post mortem humati, qui si viuo eo nasceretur, vel post factum testamentum, suus non fuisset, s. non fuisset in potestate, nec primū locum obtinuisset; ita colligitur ex Bart. in d. l. Gallus, in §. ille casus, nu. 1. quē sequuntur Paul. Castr. Alex. et Ias. in d. l. Gallus, vbi idem dicit Galliaula nu. 5. Salomon. nu. 9. quę posthumi alieni descriptio sua datur in §. quoque alieno, infra, de legat.

Dicitur ergo in d. §. in secundo responso. Est autem alienus posthumus, qui natus inter suos heres testatoris futurus non est, ideo ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat posthumus auo.

39 Sed quoniam tex. iste variè legitur, & variè punctum cum aspiratione à DD. ponitur, ideo vt appareat an hęc posthumi alieni diffinitio vera sit, & an text. ille eam probet, oportet videre, in primis qui nam sit sensus illius §.

Quidā igitur primo loco dicunt, quod posthumus alienus est is, qui natus est inter suos: & hic punctum ponunt, vt facit Accurs. ibi, & sic illud verbū suos, referunt ad superiora, s. ad verbū natus, nam si ad inferiora referretur, vtiq; illa sequens expositio non erat necessaria: quia post emancipationem sequutam, ille qui nascitur ex emāciparo, non est amplius suus, & hæc est interpretatio communis, vt per Æmilium Ferrettum, & Eguinar. Baronem, in d. l. Gallus, & testatur etiam, & sequitur hunc intellectum Tobias bic, nu. 1.

Sed iste communis sensus reprobatur à nonnullis, & bene iudicio meo, quia si illud verbum inter suos, referretur ad verbum præcedēs natus, tunc ea quæ inferius ponūtur, non conuenirent huic lecturæ: quia exēplū positū de filio emancipato, non haberet locū, cū natus ex emancipato, non nascatur inter suos, imò, nascitur inter alienos, cū per emancipationē sint iura suitatis perempta, §. p emācipationē, I. quib. mod. ius patr. pot. sol. patet ergo, q̄ illud verbū suos, nō potest aptari verbo natus, & optima ratione videt' côis intellectus reprehēdendus.

40 Nec obst. quod nonnulli dicebant, quod imò optimè exemplum Imperatoris videtur conuenire superioribus, ponderando illam dictionem, (ideoque) quæ est dictio illatiua, §. gallinarum, supra, de rerum diuis. vndè optimè stat illud exēplum cum videatur Imperator arguere à maiori, videlicèt, si posthumus alienus est, is qui natus inter suos, non est futurus hæres testatoris, ergo tanto magis erit alienus, qui nascitur ex emancipato filio.

Nam ego respondeo, quod Imperator ibi non argumentatur à maiori, sed ponit exēplū proximi dicti, vt statim apparebit ex 2 lectu. Nec obst. illa dictio (ideoq;) nam respondetur, quod imò est dictio collectiua siue rationalis, vt per Spigell. in suo Lexi. iuris, in verbo, (ideo) DD. & Bart. in l. demonstratio, §. quod autem, nu. 9. ff. de cond. et demonst.

41 Alij aliter dixerunt & legerunt illum §. videlicèt, est autem alienus posthumus qui natus, & hic constituunt spiritum siue punctū, mox deinde vno spiritu legūt inter suo. heres testatoris futurus non est; & ista fuit lectura Theophili, in d. §. posthumo quoq;, quem sequuti sunt Ludouic. Caton. in d. l. Gallus, & Lelius Taurellus in suis Commentatijs ad Gallum, & legem Velleiam, pag. 1. quorum lectionem vt verissimam ego amplector, & eam tenet Cuiacius in scholijs ad §. posthumo quoque alieno, & ita etiam interpungit illum text. Hotoman. ibi, in secunda ennetiatione.

Animaduertatis tamen, quod ego dissentio ab hac lectura in hoc, quia nonnulli illud verbum inter suos intelligunt, idest sanguine coniunctos, & propagatos, nam verbum suus, accipitur pro eo quod côiunctus sanguine, vt est tex. in l. 1. §. 10 . ff. de ventre in poss. mitt. l. cum precario, ff. de precar. in qua opinione fuit etiam Lelius Taurellus d. loco. Ego autem intelligo illud verbum suos, idest inter eos qui iure sui potiuntur, quasi dicat Imperator, est autem Alienus posthumus, qui natus. & hic facio punctū, demum dico inter suos. i. iura sui habentes nō est hęres testatori futurus, & ita sentit etiā Hotom. & Cuia. in locis præmonitis. Probatur hoc diffinitione posthumi alieni, de qua in d. §. vbi posthumus is est, qui nascitur post humationem; patris, qui si viuo eo nasceretur, nō esset suus.

42 Confirmatur; quia quidam reperiuntur Codices antiqui, in quibus legitur, inter suos hæredes. & ego vidi antiquissimum librum manu scriptum apud præceptorem meum celeberrimum, Anton. Ciofium, in quo legebatur, hæredes.

Exemplum autem posthumi alieni potest poni in nato ex filio emancipato, vt facit Imperator in d. §. posthumo quoque alieno; Item in nepote nascituro ex filia, quia ille nepos non est futurus in potestate aui. Tertium potest esse exemplum in nepote ex filio viuente, ille. n. dicitur alienus posthumus, eo quia ipse habebat patrem qui primum in suitate locum occupabat. Possumus etiam quartum petere exemplum in quolibet extraneo nascituro, qui prorsus alienus dicitur, § cęteri, supra, de hęred. qual. et differ. & vt vno verbo me explicem; alienus posthumus semper ille indicabitur, in quo illę duæ qualitates, quæ requiruntur ad constituendum suum, non verificabuntur.

Differunt enim posthumi sui ab alienis, secundum ius antiquissimum: quia sui erant sicuti & hodie de iure scriptorum hęredes instituendi, aut nominatim exhęredandi, vt dicemus in hoc §. posthumi verò alieni de lege 12. tab. nō poterant hæredes instituti, q̄ an verū sit, disputabimus in quinto pręmisso.

43 Quartum est caput, vt videamus, vnde dicatur, V posthu-

posthumus; qua in re non insistendo, dico, quod posthumus dicitur quasi posthumũ, idest post humationem patris natus; ita gl. in l.3. in §. r. in verbo, dũtaxat, ff. de iniusto rupt. & in §. ita demum, infra cod. tit. nostro, quam sequuntur Azo, Ias. & cęteri DD. communiter, varijs in locis. de communi testantur Mod. Bonon. in l. posthumo, num. 2. C. de contrarab. & pro ea facit tex. in l. r. §. Celsus, ibi, quatenus corpus humatum est, & l. Diui fratres, ff. de religios. & sumpt. funer.

Sed contra hanc communem etymologiam insurgunt Mod. Bonon. d. loco dicentes, eã esse erroneam: nam cum etymum demonstret naturam & essentiam nominati, & etymologati, tunc verba debent referri ad ipsum etymologatũ, & nõ ad aliud; tradit Alciat. in l. tabernę, ff. de verb. sign. at hęc refertur ad patrẽ humatum, ergo videtur esse mala.

Augetur difficultas ex etymologia donationis quę nil aliud est quàm doni datio, l. Senatus, §. donatio, ff. de donat. & sic nil aliud respicit quàm etymologatum, ergo cũ ista nedum filium, sed etiam patrem respiciant, reijcienda est.

44 Secunda igitur fuit etymologia Alciati, in lib. 8. Parerg. cap. 8. vt posthumus dicatur, idest post humatus, quasi postea in humanis deductus, quã deinde sequutus est Fuciun. in d. l. Gallus, nu. 96. in fine, per text. in l. nomen filiarum, ff. de verb. signif.

Sed contra ipsam insurgit Socin. iun. in d. l. Gallus, nu. 43. in fine, nam ea attẽta, sequeretur, quod deberemus vocare, non post humanum, vel in humanis creatum;

Augetur, quia illud verbũ humus, nõ potest congruenter resolui in natos, vt patet ad sensum, ergo.

Tertia fuit itaque etymologia quàm posuerunt Moder. Ferrar. in d. l. Gallus, vt posthumus dicatur, quasi postea humo, idest in terra natus, & sic posthumus dicitur qui postea in terra natus sit.

Sed hæc etiam reijcienda est tanquã inepta, cum omnibus notissimum esset, quod humi ille nasci deberet, nisi vellent ipsi Ferrariens. quod posthumus nasceretur in Cęlo, vel in aere, vel in mari, & frustra illa dictio (humus) poneretur, cum homines non nascantur nisi in terra.

Quarta fuit etymologia Cuiacij, vt posthumus legatur sine aspiratione, & dicatur à post, illa autem dictio mus, sit quædã prolatio verborũ & adiectio, vt per Seruium & alios linguę Latinæ scriptores, qui ponunt exemplũ in postliminio, quod dicitur à post, reliqua autem verba sunt superflua.

Respond. quod nullibi probatur quod posthumus sit sine aspiratione, ergo erubescimus, l. illam, C. de collat. Nec obst. ꝙ dicitur de postliminio, nã Seruius ab omnibus reprobatur, & est contra text. expressum in §. ab hostibus, supra qui. mod. ius patrię pot. solu. vbi dicitur, postliminiũ dici à limine, & post, ergo corruit etymum Cuiacij.

Quinta succedit etymologia Mod. Bonon. in d. l. posthumo, num. 2. vt illa dictio humus, inferat natiuitatem, & exponatur, idest humanatus, & sic sensus sit, posthumus quasi postea humanatus, idest postea natus.

Respõdeas, quod nec etiam ista etymologia est admittenda, cum nõ probetur apud bonos linguæ Latinæ authores hoc nomen humanatus, licèt. n. reperiatur humanus, humana, in humanis, non tamen inuenitur humanatus.

Sexta & vltima fuit etymologia aliorum quorundam, dicentium, quod posthumus dicitur, idest post testamentum natus.

Sed nec etiã ista in iure defenditur: nã ea attenta, posthumus deberet appellari post testamentarius, ex quo nãscitur post testm̃, non autem posthumus.

Cum ergo nulla ex deductis etymologijs sustineatur, quid dicẽdũ? Vnde ego existimo veriorem esse etymologiam communem, vt posthumus dicatur quasi post humum, idest post humationem patris natus, vt supra declarauimus.

Nec obst. obiectio Mod. Bonon. dicentiũ, quod ex quo hæc etymologia referatur etiam ad aliud, quàm ad filium, non videtur esse bona: nam refertur ad patrem humatum, ergo.

Nam ego respondeo primo, quod etsi hæc etymologia referatur ad patrem, tamen refertur etiam ad ipsum etymologatum, s. ad filium, nam dicendo posthumus, i. post humationem patris natus, respicit et patrem & filium, ergo est bona, mala. n. esset, si non respiceret aliquo modo filium ipsum. Et si tu obijceres, ergo ex quo respicit patrẽ & sic aliud quam etymologatum solum, videtur improbãda.

Nam respõdeo, quod non per hoc est reprehendenda: nam plures sunt etymologiæ quæ non respiciunt ipsum etymologatum tm̃, sed etiam aliud, vt est exceptio quæ nil aliud est nisi actionis exclusio, l. 2. ff. de except. tamen hæc etymologia respicit aliquod extrinsecũ, prout est actio aduersarij. hoc idem patet in etymologia mutui, de qua in l. 2. §. appellata, si cert. pet. secundum enim Grammaticos bona est etymologia, & si aliqđ extrinsecũ capiat, vt tradit Cassaneus in Catalago de gloria mundi.

45 Id quod quinto loco pręfari polliciti fueramus, pręludiorum causa, erat, vt disputaremus, in cognoscendis posthumis suis ab alienis, quodnam tempus sit inspiciendum. An tempus mortis an verò tempus conditi testamenti.

Qua in re Bart. in d. l. Gallus, in §. ille casus, & in §. nunc de lege Velleia, tenuit, quod attendatur tempus conditi testamenti, quam sequitur Ias. ibi, in 2. lectura, num. 4. & Salomon. sub nu. 13. & tandem est communis, quæ probatur

Primo per text. in §. posthumo quoque alieno, j. de legat. ibi, est autem posthumus alienus, qui si nasceretur, non esset futurus suus testatori, si ergo alienus dicitur qui non est futurus suus testatori, ergo consideratur testamentum, ergo ad cognoscendum posthumum an sit suus, an alienus, inspicitur tempus conditi testamenti, vt per regulam traditam à Bart. in l. Titius, ff. de milit. testam. vbi qualitas adiuncta verbo vel participio, debet intelligi secundum tempus verbi, vel participij.

Sed ego qui sum retenturus opin. contra cõmunem, respondeo ꝙ verbum, suus testatori, respicit personã disponentis, nõ aũt dispositionem factam, nã dispositio testamenti & qualitas suorum & alienorũ, non capit robur à tempore quo fit testamentum, cum posthumi nascãtur post mortem patris, ergo non attenditur tempus celebrati testamenti.

Secundo

Secundo respondetur, quod regula illa tradita per Barto. in dicta l. Titius, procedit, quando ratio aliud non suaderet. Ita limitauit hanc regulam Saluiolus, in dicto loco; sed hic aliud ratio suadet, ergo non agitur de testamento quod capit vim post mortem, ergo non attenditur tempus conditi testamenti.

46 Secundo tamen pro communi facit: denominatio fit à declarante, l. si ita scripsero, ff. de condit. & demonstr. tunc sic argumentor; at natiuitas est illa quæ facit cognoscere posthumum suum ab alieno, ergo suus iudicatur tempore testamenti quo nascitur.

Respondeo, negando quod natiuitas sit quæ faciat dignoscere posthumum suum, imò est mors ipsa, quæ hoc declarat, agitur enim de testamento, quod confirmatur morte quo ad voluntatem, quo ad validitatem confirmatur aditione ipsa, vt supra diximus in materia testamentorum, vnde ad recognoscendum testamentum an rumpatur, nonne inspiciendum est tempus mortis? ergo attenditur non tempus testamenti, sed mortis.

Tertio ad eandem confirmandam arguitur; testamentum vim capit ab institutione hæredis, §. ante hæredis, infra, de legat. l. hac consultissima, C. de testamentis, sed institutio consideratur ante mortem, & sic in testamento, ergo attenditur tempus dispositionis.

Respondetur, quod hic disputatur vnde & quomodo cognoscatur posthumus suus, non autem vnde capiat vim, ergo iste text. loquitur in diuersis terminis, ex quibus non est inferendum, iuribus vulgatis.

Quarto videtur posse probari: quia aut est conditum testamentum, & tunc inspicitur tempus testamenti: si verò non est factum, debet attendi tempus mortis, nam in hærede tria tempora considerantur. Primum, & potissimum tempus testamenti; secundum tempus mortis testatoris; & ad hoc vt testamentum sortiatur effectum tertium tempus aditionis l. si alienum, §. in extraneis, ff. de hæredib. instit. §. in extraneis, ff. de hæred. qual. & differ. sed in casu nostro est factum testamentum, ergo debet attendi tempus celebrati testamenti.

Respondeo, quod licèt sit factum testamentum, tamen in casu nostro attenditur non tempus illius, nam tempus testamenti inspicitur ad cognoscendum an hæreditas vel aliquid alicui acquiratur, sed nos non quærimus de hoc, sed inspicimus à quonam tempore dicatur suus vel alienus.

47 Augetur & quinto per argumentum ab absurdo, l. nam absurdum, ff. de bon. libert. nam si non consideraretur tempus testamenti in dignoscendis posthumis, sequeretur absurdum, quod posthumus à tempore testamenti vsque ad tempus mortis esset in pendenti, tamen conditio hominis in pendenti esse non potest, §. si ab hostibus, Inst. quibus mod. ius pat. potest. sol. ergo.

Respondeo, quod actus hominis non debet esse in pendenti, sed hoc sano modo intelligitur, vt per Bald. in l. fin. ff. communia præd. intelligitur enim si agatur de statu hominum, ita glos. in dicto §. si ab hostibus, glos. in verbo, quædam, supra, de his qui suus sui vel al. iur. at hic dum agitur, & inquiritur de posthumo suo, vel alieno, non agitur de statu, sed de quodam nomine, vnde non refert an hoc nomen stet in suspenso: nam testamentum istud non potest rumpi nisi post mortem, vnde non refert vt dixi, quod ignoretur an sit posthumus suus, vel alienus, vsque ad tempus mortis, cum non agatur de alicuius præiudicio, ergo non obstat illa ratio.

Sexto & vltimo ad eandem communem comprobandam facit text. in §. cum autem, Inst. de hæred. quæ ab intesta. defer. in quo dicitur, quod attenditur tempus destituti testamenti, ergo tempus testamenti.

Respondeo, ibi considerari testamentum destitutum in d. §. fateor, sed non sequitur, ergo attenditur tempus testamenti: nam destitutio fit post mortem testatoris, ergo dum dicit, attenditur tempus testamenti destituti, intelligitur post mortem testatoris, & sic ille text. de directo probat contrarium.

48 Quamobrem verior est opinio contra communem, quod in cognoscendis posthumis suis ab alienis, attendatur tempus mortis, quam etiam opin. tenuit Fortun. in d. l. Gallus, num. 12. & 14. Pro qua

In primis deducitur text. in d. l. Gallus, §. nunc de lege Velleia, ff. de liber. & posthum. vbi lex Velleia attendit tempus quo nascitur, quo tempore præsupponitur mortuum esse patrem, ergo apparet ex eo textu debere inspici tempus mortis; nam dicit ibi, & debet obseruari tempus quo nascitur.

Secundo probatur per tex. in l. 1. §. sed & si quis, ff. de ventre in poss. mitt. vbi venter intelligendo, i. posthumus, mittitur in possessionem tempore mortis, ergo attenditur tempus mortis; patet itaque, istum text. optimè probare hanc opinionem.

Tertio confirmatur ex l. posthumus, ff. de inoffic. testam. ibi, in vtero mortis tempore si non fuisset, &c. ergo posthumus consideratur post mortem eius de cuius successione agitur.

Quarto probatur per text. in §. ita demum, Inst. de hæred. quæ ab intest. defer. vbi attenditur mors ipsa.

49 Quinto, hæc eadem opinio contra communem probatur ratione: potentior enim est actus mortis quàm actus institutionis, nam mortis actus est naturalis, alter verò ciuilis, vt per Paul. Cast. in l. procurator, ff. de acquir. poss. at in re dubia attenditur actus potentior, l. quæritur, ff. de statu hom. ergo.

Sexto & vltimo augetur & alia ratione; vnumquodque nominatur a suo fine, Bald. in l. ex hoc iure, ff. de iust. & iure, sed posthumorum finis est mors, ergo attenditur tempus mortis, vnde verior est opinio contra communem.

50 Sextum est caput, nunquid posthumus alienus de l. duodecim tabul. posset hæres institui, necne? Quo in articulo tres sunt Doctorum opiniones. Prima est, quod de iure duodecim tabularum, posthumus alienus institui minimè possit: quam tenuit Barto. in dicta l. Gallus, in princip. & in §. ille casus, in quarta oppositione, vbi Bald. col. 2. Cuman. nume. 1. eandem sequitur Alexand. Paulus Castren. Socin. & Claudius Seisell. in dicta l. Gallus, vbi Alciatus in lectura Latina, & in lectura Barbara, nume. 3. Eandem Salomon. num. 2. &

est communis opinio, quam teste Ias. omnes tenere videntur. Eandem etiam tenuere Aret. & alij Institutionum Interpretes, in §. posthumo quoq;, infra, de legat. & adeo vera est, quod DD. nostri opinati sunt, quod de iure 12. tabul. posthumi alieni non solum non possent hæredes institui, sed quod etiam ex propria l. 12. tabul. cautum est, ne instituerentur.

Secunda fuit opinio contraria præcedenti, affirmatiua, quod de l. 12. tabul. posthumus alienus institui posset; quam tenuit Ludouic. Carond. in Commentarijs ad d. l. Gallus, quam sequutus est Lelius Taurellus ad Gallum, & L. Velleiam, pagina 2. & Francisc. Balduin. in commētar. ad l. 12. tab. cap. 29. pag. 120.

Tertia fuit opinio Fortun. in d. l. Gallus, ff. de lib. & posth. nu. 2. & Socin. iun. nu. 10. qui dicebant, quod lex 12. tab. non prohibebat illorum institutionem, nec etiam permittebat, & sic nō assistebat, nec resistebat. Nos verò de duobus tantummodo disputabimus, de opin. communi, & contra communem.

51 Ad probandam igitur communem opinionem adducitur primo loco text. in l. Gallus, §. ille casus, ff. de lib. & posth. inducendo hoc pacto; habes filium & ex eo nepotem nasciturum instituisti hæredem, qui nepos nascitur post testamentum te viuo, ac eius patre superstite, deinde eius pater decessit, tuque pariter decessisti, quæritur, an institutio nepotis valeat? & inquit I. C. quod attinet ad hoc vt fiat vtilis institutio, difficilis inspectio est; nam cum nascatur non dicitur suus, cum pater illius eū in gradu præcedat, vndè dicit ibi text. quod hæc species non pertinet ad primum caput Legis Velleiæ, cum non esset suus cum nasceretur. Item, nec ad secundum dictæ legis; adeo quod dicit ibi text. quod nullo iure poterat institui, si nullo iure, ergo nec ante l. 12. tabular.

Sed ego respondeo ad hunc text. vnà cum peritissimis viris, licèt ibi dicat I. C. nullo iure non poterat institui, non debemus intelligere nullo iure, idest de l. 12. tab. sed nullo iure, idest nec in primo nec in secundo Capite legis Velleiæ posthumus alienus potest institui, & consequenter, dum textus dicit, institui non potest, idest institutio non valet in neutro legis Velleiæ capite. Probatur hæc expositio ex §. emancipati, infra, de hæred. quæ ab intest. defer. ibi, neque vllo alio iure emancipati institui poterant per l. duodecim tab. i. ex nullo capite legis 12. tab. ipsi emancipati possunt institui. Eandem expositionem attulit etiam Iurisconsultus in l. penul. ff. de damno infecto, ibi, nulli connexa, idest neutro, vt inquit glos. in verbo, nulli, ergo ex illo text. clarè constat non probari communem opinionem.

52 Secundo tamen pro communi facit ratio Bart. de qua in d. §. ille casus, l. Gallus, dicens, quod ius 12. tabul. non admittit nisi suos, d. §. emancipati, vbi Imperator inquit, emancipati nihil iuris habent iure ciuili, neque enim sui hæredes sunt, quia in potestate parentū esse desierunt, neque vllo alio iure per l. 12. tab. vocantur, ergo illi qui non sunt sui, non vocantur à lege 12. tabul. at alienus posthumus suus nō est, ergo de iure duodecim tab. non poterat institui.

Respondetur, quod imò ipsi posthumi in d. l. 12. tabul. vocantur ab intestato; nam primo gradu vocantur liberi; secundo agnati, l. 1. ff. si tabul. test. nullæ extab. l. penul. de leg. 1. sed posthumi alieni agnati dicuntur, puta, quia legitimi agnati vocantur, qui legitimi poterant esse, & posthumi alieni, & sui, l. 1. ff. de ventre in poss. mitten. ergo de iure 12. tabular. non solum vocabantur sui, sed etiam legitimi.

Quo retento, non obstat text. in d. §. emancipati, nam respondetur ideo emancipatos non vocari, quia non veniunt ex Capite liberorum; item vocare eos non poterat ex capite legitimorum agnatorum, cum emancipati legitimi non dicantur, §. fin. supra, de legit. agnat. tutel. quia per emancipationem tollitur agnatio, non est ergo mirum, si in dicto §. filij emancipati non veniunt, vndè, ne dicas tu, quod non veniant alieni posthumi, nam licèt non sint in primo gradu, tamen non desinunt esse in agnatione, ideò, non est eadem ratio in posthumis quę in emancipatis.

Tertio tamen probatur Communis opinio per l. Titius, ff. de suis & legit. vbi posthumi non ad hæreditatem defuncti vocantur, quia lex duodecim tab. eos qui sunt in rerum natura tantum vocat: at posthumi non dicuntur in rerum natura, cum non sint nati, ergo à iure duodecim non vocantur.

Respondetur, quod text. in dicta l. Titius loquitur de eo qui non erat natus, imò de eo qui nondum conceptus erat moriente eo de cuius bonis agebatur; & hoc patet ibi, dum dicit, concipitur; ergo non est mirum si non vocat, at si conceptus esset illum vocaret, sed posthumus noster est iam conceptus, ergo.

53 Quod ad eandem communem probandam mouentur vnanimiter Doctores ex §. posthumo quoque alieno, infra, de leg. vbi posthumo quoque alieno inutiliter antea legabatur, ergo colligitur, quod ante Iustiniani correctionem de lege duodecim tab. institui non poterant, cum & eis legari minimè posset.

Omissis quampluribus responsionibus, respondeo, quod ille text. loquitur de media iuris prudentia, quæ coarctauit dispositionem l. duodecim tab. de qua Iurisprudentia posthumus alienus non cognoscebatur, de iure autem duodecim tab. benè potest hæres institui posthumus alienus; & in his terminis loquitur text. in §. posthumus autem, de legat. qui dicit posthumus autem alienus olim & hodie institui potest, & ita etiam hunc intellectum concordādo illos duos §§. contrarios, tenuit etiam Balduin. in comment. ad l. duodecim tab. cap. 29. text. ergo non concludit quod de l. duodecim tab. non posset institui, imò contrarium probat.

Secundo respondetur quod dum Imperator dicit, inutiliter antea legabatur, non debet exponi ante, i. de l. 12. sed de alio iure vetustiori ante d. l. 12. tab. videlicèt, de iure ciuili, aut de iure non scripto, aut ex vsu, aut ex interpretatione Iuriscōs. qui vsus emanauit ante l. 12. tabul. ergo ille tex. non probat

quod

quod de iure duodecim tabul. posthumus alienus non posset institui; & huius rei argumentum est l. 2. §. his legibus latis, ff. de orig. iur. vbi dicitur; His legibus latis cœpit vt naturaliter euenire solet, vt interpretatio desideraret Prudentum authoritatem, necessariamq; disputationem fieri; subdit deinde tex. hæc disputatio, & hoc ius quod sine scripto venit, compositum à Prudentibus cum propria parte aliqua non appelletur, vndè, sicut cæteris partibus iuris suum nomen designauit, & communi nomine ius ciuile appellatur.

Confirmatur: quia in l. duodecim tab. non cauebatur quod non posset institui: nam de hoc nullum verbum, ergo illud verbum (antea) non potest verificari in d. l. 12. tabul.

Præterea, si in d. l. 12. id cautum fuisset, non erat necessaria authoritas Iurisconsultorum. Item & quarto augetur: quia si Imperator per illud verbũ voluisset denotare l. 12. tab. hoc expressisset, argum. l. lege obuenire, ff. de verb. sign.

54 Quinto tamen deducitur pro opin. cõmuni text. ꝭ. de bon. poss. vbi Prætor emẽdauit ius antiquum: nam si alienus posthumus hæres fuerit institutus, quamuis hæreditatem de iure ciuili adire non poterat, cum institutio non ualebat, ergo de iure 12. tab. non poterat hæres institui.

Respondetur, ꝙ ille tex. non admittit hanc declarationem secundũ aliquos: nam non dicit generaliter, quod alieni posthumi non possent institui, sed limitatè procedit tex. dicẽdo, non poterat hæres institui, cum institutio non valebat, i. non poterat adire tunc, quando institutio non valebat, ergo quando valebat ipsa institutio poterat adire, quando. n. agebatur de posthumo qui nobis suus esse non poterat cum ex aliena vxore nasceretur, tunc institutio non valebat, ergo quando valebat poterat institui, & sic ille tex. retorquetur in contrarium; & ita respondebant antiqui.

Replico tamen ꝙ non admittitur exemplũ deductum ab ipsis antiquis: nam cum posthumus de quibus ibi, in d. princ. dè bono. poss. sint incogniti à iure ciuili, institui non possunt.

Ego itaque interpretor illum tex. videlicèt, quod posthumus alienus hæres institutus adire non poterat, s. de media iuris prudentia, & hæc est tutior responsio.

55 Sexto pro opin. cõm. Posthumus alienus est persona incerta, sed incerta persona institui nõ potest, ergo ita Cuman. & Socin. argomentabantur.

Respondetur, negandu posthumum alienũ esse personam incertam, & illa regula quæ habet institui non posse incertos, procedit in his, qui nõ sunt, l. in tempus, §. 1. ff. de hæred. instit. ergo.

Septimo tamen deducitur ex mẽte antiquorum, posthumus alienus institui non potest, quia institutio fieri non potest super non ente, l. 1. §. si quis, ff. de eo qui pro tut. vel curat. negot. gest. l. quo loco, §. si iam mortuo, ff. de hęre. inst. ibi, mortui pars pro non scripta habetur, sed posthumus nihil est: nam antequam nascatur, partus non est, sed est portio viscerum matris, l. 1. §. ex hoc rescripto, ff. de ventre inspic. l. fin. ff. de collat. bono, vbi qui natus non est, nihil est.

Respondeo, ꝙ etiam antiquitus institutio poterat fundari super nõ ente, nam qui in vtero est, admittitur ad hæreditatem, l. intestato, §. principem, ff. de suis & legit. hære. quo stante, non obstat quod dicebatur institutionem fundari non posse super non ente: nam id verum est, quando ille de quo agitur, nondum erat conceptus, nec animal erat, l. 1. §. si quis proximior, ff. vnde cognati; at in casu nostro erat iam conceptus, ergo potest institui, cum habeatur pro nato, l. quidam, §. quod dicitur, ff. de acquir. hæred. l. quod dicimus, ff. de verb. significat. §. cum autem, ꝭ. de tutel.

Octauo arguitur ex Imola, in d. l. Gallus, non possunt institui posthumi alieni propter sinistram suspicionem quæ ex illa institutione haberi potest: nam turpitudo quædam versatur, quoties instituo posthumum ex alia vxore, nam censetur illam mecum adulterasse, vndè hac de causa lex 12. tab. non voluit quod instituerentur.

Respondetur, quod imò hæc institutio probatur à lege: nam qui instituit posthumum nasciturum, hoc facit, quia maximo amore eum prosequebatur, argum. l. is qui amicitia, ff. de negot. gest.

Nec obstat text. in l. si quis posthumus, ff. de liber. & posthum. in §. sed si ex ea, vbi erat turpitudo instituere posthumum alienum, vnde ipso iure non valebat: nam respondetur, quod ibi aderat expressa turpitudo: nam constabat illam mulierem commisisse adulterium, vnde ille posthumus instituebatur ab eo, vt suus & ex se natus, at hic secùs est, ergo.

56 Nono confirmatur opin. commun. Posthumus alienus non poterat hæres institui de l. tabul. quia non debent committi actus frustratorij, l. hæc stipulatio, §. diuus, ff. vt legat. nom. caueat. at institutio posthumi erat frustratoria, quia poterat non nasci, sed mori, ergo.

Respondetur, quod hoc argumentum de facili tollitur: nam si hoc esset verum, sequeretur, quod nec etiam suus attenta ea ratione non posset institui, quod tamen est falsum, cũ institutio suorum de l. 12. tabul. concessa erat, vt etiam ꝭ. dicemus.

Decimo argumentantur DD. ponderando illud verbum (induxit) de quo in d. l. Gallus, in prin. nam si Gallus hoc induxit, ergo antea non poterant institui, & sic de l. duodecim tabularum.

Respondeo, quod Gallus non induxit nouum ius, sed ex veteri iure formulam adinuenit, qua mediante possent validè institui.

Vndecimo & vltimo deducitur pro cõmuni ex Modernorib. text. in l. pen. ff. de leg. 1. ibi, & obtinuit sententia Galli, Posthumos quoque alienos legitimos nobis hæredes fieri, ergo ante Gallum non valebat institutio.

Respondetur, quod ibi agitur de posthumo qui erat successurus ab intestato; nos autem sumus in materia testati, ergo in diuersis.

Sed animaduertatis, ꝙ ego existimo legem illam loqui de his qui succedunt ex testamento, vt infra demonstrabo in sequenti capite, vbi agemus de intellectu istius legis penult.

Secundo respondebant nonnulli alij Mod. quod ille text. dicit, quod tempore Galli poterant institui

posthumi alieni, quia olim illa institutio continebat conditionem mortis alterius quàm testatoris, quod fieri non debet, l.fin. C.de pact. l. stipulatio hoc modo concepta, ff.de verb. obligat.

Sed nec etiam ista declaratio videtur tuta: nam quando instituitur posthumus alienus, instituitur post mortem testatoris tantum, vt in d.l.pen. & in l.eius seruum, ff.de hæred. instit. videlicèt, ego eum instituo qui nascetur me mortuo; vndè, in hac specie non includitur mors alterius, nisi testatoris, ergo corruit hæc secunda responsio.

Vndè, quo ad hunc text. ego opinor, quod ibi posthumus esset incapax de media iuris prudentia, §.cæterum, de legit. agnat. success. & hac de causa non poterat instituti; quam opin. sequutus est Ludouic. Caronda hic; & Balduin. in commentat. ad l.12.tab. & Lelius Taurellus in commentarijs ad Gallum.

57 Contrariam ergo opin. vnà cum peritissimis viris quorum nomina supra recensuimus, defendere attentamus. Pro qua primo loco deducitur text. in l.verbis legis, ff.de verb. sign. vbi verbis legis 12. tab. is vti legasset rei suæ, ita ius esto, latissima potestas tributa videtur & hæredes instituendi, & legata dandi.

Secundo probatur per l.antiqui, ff.si pars hæred. petat. l.1. §.si quis, ff.vnde cognat. vbi qui natus nō erat, non erat incapax, sed benè poterat institui, vndè, si secundum tempora antiqua erat capax, ergo de l.12.tabul.

Tertio extraneus posthumus videtur esse capax, l.extraneo, ff.de ventre in possess. mitt. facit text. in l.quidam relegatus, cum l.sequenti, ff.de reb.dub.

58 Quarto pro eadem opin. cōtra comm. moueor, seruus posthumi alieni poterat institui, l. eius seruus, ff.de hæred.inst. si ergo seruus propter habilitatem posthumi institui poterat, ergo tanto magis, & à fortiori, poterit institui ipse posthumus, §.seruus, infra, de hæred.instit.

Sed huic textui respondet Alex. quod non probat: quia loquitur de posthumo suo.

Replico, quod imò loquatur de alieno: quia si ibi fuisset posthumus suus, ut vult Alex. ratio illa quam reddit I.C. esset mala, dum dicit, quādo nullius esset, & licèt sit cōmunis opinio, quod de iure 12.tab. institui non possit posthumus alienus, communis tamen opinio est, quod seruus posthumi institui possit.

59 Confirmatur hæc eadem opinio; omnes possunt institui qui non sunt prohibiti, l. si quæratur, & ibi DD. de testam. at posthumus alienus non reperitur prohibitus, ergo institui potest.

Sexto adducitur text. in §.posthumus, de legat. vbi posthumus alienus olim institui poterat, & nunc potest, ergo.

Sed ad hunc tex. respondebant aliqui, illū tex. intelligi debere de iure Prætorio, prout sentit ibi glos.

Ego replico, non intelligi de iure Prætorio: nam si de iure prætorio intelligeretur, tunc esset bonorum possessor, non autem hæres, §. quos autem, de bonor. possess. sed hoc nō dicit, ergo interpretamur antea, idest ex iure 12. tabular.

Septimo ego moueor & vltimo per tex. in l.non est ambigendum, ff.de bon. possess. vbi lex prohibet capere hæreditatem quando cessat bonorum possessio, sed alienus posthumus potest esse bonorum possessor, vt in prin. de bon. poss. ergo posthumi alieni institui poterant.

Vnde ex his concludo, veriorem esse opin. contra communem, quod de lege 12.tab. posthumus alienus institui poterat.

60 Septimum sese offert Caput explicandum, nunquid secundum tempora Galli, & an secundū prouisionem illius, posthumus alienus institui possit, cum maxima sit altercatio an Gallus de posthumo alieno, an suo loquutus fuerit? Et communis est opinio quod Gallus Aquilius circa posthumum alienum formam adinuenerit, qua mediante posset institui. Nam cum l.12.tab. secundum opin. communem posthumus iste alienus nō posset institui, resultabat ex hoc maxima iniquitas; nam si testator habebat filium, & nurum ex eo prægnantem instituebat filium, nepotem verò nasciturum nullo pacto instituere poterat, cum esset alienus: Vnde eueniebat quandoque quod filius viuo adhuc testatore decedebat, demum nascebatur nepos, qui post mortem testatoris in locum patris sui subintrabat, & reperiens se præteritum, rumpebat testamentum, quod quidem erat valdè iniquum, ex quo testator non poterat circa hunc nepotem prouidere eum instituendo, cum esset posthumus alienus, vnde superueniens Gallus I.C. maximæ authoritatis apud Populum Romanum, de nouo induxit, quod posthumus alienus posset institui, tribus tamen concurrentibus; de quibus in d.l. Gallus, videlicèt q filius moriatur viuo testatore, & quod nepos nascatur post mortē testatoris. Item quod nascatur infra decem menses, vt in princ. d. l.Gallus; loquutum autem fuisse Gallum Aquiliū de posthumo alieno, tenuerunt Bart. Bald. Alexād. Paul. Castr. & Roman. in d.l. Gallus; quod etiā videntur tenere ibi Claud. Seisell. Ater. & Socin. in 3. notab. vbi Salomon. nu.6. Galliaula, num.7. Lelius Taurellus, pag.5. & tandem de communi opin. testatur Soci. iun. in d.l. Gallus, num.20.

61 Quæ opinio multis etiam rationibus probatur, & primò; quia si cautio interposita fuisset propter posthumum suum, tunc eius prouisio superflua esset, sed nihil in iure debet esse superfluum, §.quibus, r.const. Cod. Vnde, ne sequatur hoc, de posthumo alieno dicendum est quod ipse cauit; quod esset superflua, patet: quia Posthumus suus antiquitus de l.12.tab. poterat institui, imò, & de media iuris prudentia necesse erat eum instituere, vt per Aleiat. in d.l. Gallus, in lectura barbara, nu.24. ergo cum posset institui, consequens est, vt suo, Gallus nō prouiderit, cum de l.12. posset institui suus. Probatur ex l.1. ff.ad l. Falcid. l. verbis legis, de verb. sign. §.disponat, in Auth. de nupt. §.sui, infra, de hæred. qual. & diff. vbi sui de l.12. admittuntur, ergo sequitur quod & institui possint. Quod etiam de media Iuris prudentia necesse esset eos instituere, est text. in §.cæterum, de legit. agn. success. & ibi declarat gl. in verbo, ita placebat, & in vers. & hæc quidem vetustas, eod. §. Confirmatur ex §.item ve-

tustas,

tustas, de hæred. quæ ab intest. defer. in glos. in §. itē vetustas, & hæc adeo vera sunt, quod si de posthumis suis intellexerit Gallus, nihil fecisset, ergo de posthumo alieno cauit.

62 Ego autem qui sum insequuturus opin. contra communem, ad hanc primam rationem respondeo, quod Gallus non induxit in hac sua formula vt posthumus alienus hæres instituatur, sed induxit formam quomodo iste posthumus suus institui deberet, & sic eius prouisio non est superflua, non ergo loquitur de posthumo alieno, vt falso DD. credidere.

Nec obst. si tu obijceres, & subtiliter opponendo diceres, quod imò sui ante tēpora Galli non poterant institui, vt præsupponit text. in l. placet, ff. de lib. & posth. vbi ponderando illud verbum placet, quod denotare videtur quod antea non placebat.

Nam ego respondeo, quod imò de media Iurisprudentia suos instituere necesse erat, vt supra, Nec obstat d. l. placet, quia dico, quod Gallus non induxit hoc de nouo, quod institui deberet vt ipse fatetur, sed induxit quandam formulam de modo illos instituendi, ergo non obstat.

63 Secundo tamen pro communi deducitur: Posthumus alienus dicitur ille, qui non est filius testatoris, argumento §. 1. l. 3. ff. de iniust. rupt. l. si quis posthumos, ff. de lib. & postum. tunc sic argumentor, at in casu nostro posthumus est alterius quam testatoris, ergo posthumus de quo loquitur Gallus, est alienus, non agitur de Auo testatore, tamen posthumus qui nascitur, ex filio testatoris nascitur, ergo est alienus.

Respondetur, quod ipse posthumus qui nascitur ex alio quā testatore, interdum suus dicitur, & non alienus, patet in l. filius à patre, §. filiusfamil. ff. de lib. & posthum. vbi subducto patre de medio, posthumus nō est alienus Auo, sed suus, ergo posthumus natus ex alio quam ex testatore, non dicitur alienus, vt inquit text. in d. l. Gallus, dum inquit sic posthumos nepotes posse institui, ergo appellantur ibi nepotes respectu Aui; vndè, in cognoscendo posthumo alieno, non consideratur ipse respectu patris, sed respicitur tempus eius, de cuius agitur successione, vt supra dixi, ergo posthumus Galli, non est alienus, eo quia sit filius alterius: nam subducto patre de medio appellatur suus.

64 Tertio probatur cōis opinio, quia posthumi alieni sunt, qui non sunt futuri sui, §. sui, infra, de hęred. cōtra tab. intest. def. at posthumus de quo loquitur Gallus, nō erat suus Auo, quia pater in medio erat, ergo erat alienus, ergo posthum' Galli est alienus.

Respondetur quod in cognoscendo posthumo suo ab alieno attenditur tempus mortis, non tempus testatoris ad cognoscendum enim suum, inspicitur tempus ipsius natiuitatis, at quando nascitur posthumus pater est iam mortuus, vt supra latè diximus, ergo inspicitur tempus mortis, ergo loquitur de suo, non de alieno, cum præsupponatur patrem iam decessisse, & postea natum esse posthumum, vt ex verbis illius colligitur.

65 Quarto adducitur pro communi text. in l. pen. ff. de leg. 1. vbi obtinuit sentētia Galli posthumos quoque alienos hæredes legitimos fieri, ergo cum ibi I.C. verba sint clara, quod loquatur Gallus de alieno, frustratoria est disputatio.

Respondetur, primo ex Duaren. & ex Cuiacio, in d. l. Gallus, quod l. illa loquitur in diuersis terminis, nam ibi agitur de hæreditate ab intestato, nos autem sumus in materia testati.

Ad hāc responsionem Gallorum replico, quod imò & ille textus loquitur de materia testati, & sic de successione ex testamento, vt ex lectura illius legis apparet, & dico, quod ibi voluit consulere Gallus posthumis circa institutiones, non autem circa hæreditates deuolutas, quęrenda est ergo alia solutio ad illum textum.

Vnde ego respondeo, si memoriæ mandatis vt supra, quod in d. l. pen. agitur de posthumo alieno, sed tamen animaduertatis, non tenere consequentiam, Gallus ibi loquitur de alieno, ergo loquitur & de alieno in l. Gallus, nam casus d. l. pen. longe distat à casu d. l. Gallus, vnde stante hoc simul, dicendum est, non probari per illā legem opin. communem: nam in d. l. Gallus, sicuti plerisque alijs locis, de suo cauit, & in quibusdā de alieno, patet hoc ex d. l. pen. ponderando illam dictionem (quoque) quæ est implicatiua, l. 3. C. de pact. videlicet, potest institui posthumus quoque alienus, ergo & suus.

Quinto arguitur, summus fauor qui possit posthumis præstari, est, vt dum sint in vtero, habeantur pro iam natis, l. qui in vtero, ff. de statu hom. Sed si postumus nepos de quo per Gallum esset natus eo tempore quo instituitur hæres, sine dubio esset posthumus, quia tempore quo instituitur, filius viuit, vndè nepos ipse non est in primo gradu, ergo non est suus, sed alienus, ergo multo magis dum est in vtero.

Respondetur, quod esset verum argumentum si attenderetur in cognoscendis suis ab alienis tempus conditi testamenti, at attenditur tempus mortis, vt supra firmauimus, ergo esset suus, non alienus. Confirmatur: nam posthumi antequam nascantur, nec sunt sui, nec alieni, sed in tempus natiuitatis eorum iura suspendūtur, vt supra aliàs demonstrauimus in capite præcedenti.

Sexto videtur posse probari, cū posthumus iste de quo loquitur Gallus, aut suus sit, aut alienus, sed suus nō est tempore testamenti, quoniam eum præcedit pater apud Auum. Nec obstat si quis diceret, posse contingere quod moriatur filius relicta vxore pregnante, deinde nascatur nepos, & sic dicatur suus; nam respondetur, quod nepos ipse videtur appellandus alienus, non suus, licet hoc posset contingere, vt probatur in §. ita demum, infra, de hæred. quæ ab intest. l. posthumorum, ff. de iniusto rupto.

Respondetur, quod posthumus antequam nascatur, nō est suus, nec alienus, vt supra dictum est, ergo non obstat.

Septimo & vltimo alijs omissis tanquam leuibus pro opin. communi facit, quoniam Gallus per suam formam abrogauit ipsam l. 12. tabul. & fecit quod posthumus alienus posset institui, dum dicit ibi tex. in d. l. Gallus inquit, Gallus Aquilius induxit sic posthumos alienos institui posse, ergo loquitur de alienis.

Respon-

Respondeo vt supra quod imò, ex d.l.12.tab. poterant instirui, & licèt sit communis opinio, quod Gallus aliquid de nouo induaerit, tamén ego in eam semper sum profectus sententiam, quod nihil noui induxerit, vt in sequenti inspectione demonstrabo.

66 Cum igitur hæc opinio communis non probetur, verior videtur opinio contraria, quod Gallus Aquilius cauerit de posthumo suo, quæ opinio probatur

Primo per posthumi alieni diffinitioné, de qua in d.§.posthumo quoque alieno, infra, de legat.

Secundo probatur per d.l.Gallus, dum dicit, si filius meus viuo me moriatur, tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam, infra decem mensibus proximis quibus filius meus moreretur natus natave erit, hæredes sunto. Perpendatis Domini illa verba, (tunc si quis mihi ex eo nepos,) idest non vt nunc, sed vt ex tunc, & sic tempore natiuitatis,

Vnde concludo, quod cautio Galli de qua versatur in d.l.Gallus, sit circa posthumum suum, ita, quod nihil de nouo induxerit in posthumis alienis, sed tantum adiunxerit formam de iure veteri instituendorum posthumorum suorum.

Tertiò probatur per eandé l.in §.& quid si tantum, & in §.instituens, & in §.forsitan, & in §.nunc de lege Velleia, & in §.ille casus, vbi semper defenditur valere institutiones, quia ipsi erant posthumi nati sui, ergo.

Quarto confirmatur: quia institutio Posthumi nepotis secundum formulam Galli quæ est posita in princ.d.l.Gallus, non est institutio pura, sed sub conditione, imò sub tribus conditionibus, nepos enim de quo in d.l.est institutus sub hac conditione, prima, si filius testatoris moriatur viuo testatore; secunda si nepos post mortem testatoris nascatur; tertia si nascatur, infra decem menses, sic enim sunt concepta verba legis, si filius meus viuo me moriatur, &c. sed conditio nihil ponit in esse ante eius euentum, l.si sub conditione, ff.de cond.indeb. ergo, hic nepos antequam veniant illæ conditiones non erit institutus, sed quando purificantur, tunc est factus suus, ergo loquitur de suo. Et ex his veriorem esse opin. contra communem asserimus, q scilicet Gallus non fuerit loquutus de posthumo alieno, sed de suo.

67 Vnde ex traditis à nobis hucusque, iamiam nobis colligere licet, Gallum Aquilium ius nouum non induxisse circa posthumorum institutionem, sed quoniam hoc dictum non transit nisi cum magna Interpretum controuersia, meritò quod sentiamus modò aperiendum est. Communis itaque est opinio Gallum induxisse ius nouum, quam sequuti sunt DD. communiter, vt per Ias.in d.l.Gallus, in 2. lectura nu.10. & 12.Socin. sen.in 2.not.nu.2. testatur de communi, quod ius antiquum fuerit limitatũ, & nouũ introduxerit Gallus; testati etiam sunt Mod.Bonon.ibi,nu.90.& 91. quæ opinio

Probatur per text.in d.l.Gallus, ibi, induxit, inducere enim est de nouo aliquid inuenire, & introducere, l.2. & 3.ff.quib.mod. pign.tac.contrahat. Bartol. in l.si is qui pro empt. ff.de vsucap. igitur si ita est, ergo nouum ius introduxit in vrbe Roma.

Cõfirmatur per §.quod si is, et in §.quod si eius, d.l. Gallus., vbi I.C. innuere videtur prouisionem Galli nouum ius dici.

Ego autem qui sequor opin.cõtra communem, quod imò ius nouum nõ induaerit, sed formulam suorum posthumorum instituendorum adinuenerit: respõdeo, quod satis operatur quod nouiter ad oculum corporis induxerit, & prius hæc mẽs non fuerit cognita, & cum ipse eam nouiter elegerit dixerũt omnes, quod ipse hoc induxit, cum post eius sententiam in facto hæc potestas obseruata fuit, sicut in simili dicit Imperator, in §.1.inst.de codicill.

Secundo, tamen deducitur pro eadem opi.com. text.in d.l.Gallus, §.ille casus, ibi, nullo iure instisui poterat, ergo sine noua dispositione institui poterat, ergo Gallus induxit ius nouum.

Respondetur, quod non loquitur de posthumo Galli, cum loquatur de eo nepore qui nascebatus filio viuente, & ideo nullo iure institui poterant, scilicet, nec in primo, nec in secundo capite Legis Velleiæ, vt aliàs diximus supra, vndè non sequitur quod Gallus nouum ius induxerit.

Tertio deducitur tex. in §.nunc de lege Velleia, d.l.Gallus, vbi in pari casu in quo Gallus induxit dispositionem, ita Lucius Velleius induxit; sed lex Velleia constituit ius nouum, ergo & Gallus.

Respondetur quod lex Velleia permisit & induxit, quod quidem fateor, tamen non sequitur, Lex Velleia correxit in casibus suis, ergo Gallus correxit, cum lea Velleia permiserit casus non permissos à l.12.tab. Item lex Velleia propriè fuit appellata lex, dispositio verò Galli dicta est interpretatio, & consilium, ergo de vno ad aliud non valet argumentum, argumento l.naturaliter, §.nihil commune, ff.de acquir.hered.

Quarto pro communi deducitur, & sic vltimo loco ex mẽte Modernorum Sequola disputauit super verbis formulę Galli, ergo erat publicæ authoritatis, & legalis authoritatis, cum si fuisset priuata interpretatio solum negasset.

Respondetur, quod Scęuola sciebat Gallum assumpsisse à mente 12.tab. & licèt essent verba Galli, tamen implicitè continebant mẽtem d.l.12.vndè dicebant Moder. Bonon.in d.l.Gallus, quod ipse Scęuola videtur reprehendere formulam Galli, tanquam imperfectam & non continentem totam mentem l.12.tab. vndè, non disputat de virtute verborum Galli, sed disputat an comprehendat totam mentem & intentionem l.12.tab.

68 Contraria opin. assequuti sunt quamplurimi, quod imò nouum ius Gallus Aquilius non induxerit, inter quos fuerunt etiam Moder. Bononiens. in d.l.Gallus, num.91. quæ validissimis probatur medijs; quam opin.ego libenter amplector.

Primo deducitur: quia secundum communes traditiones quilibet suus posthumus poterat institui, secundum legem 12. tab. sed posthumus Galli Aquilij est institutus sub conditione, qua purificata, posthumus ille nascitur suus testatori, ergo illa formula nullum ius introduxit, sed tantum docet quomodo institui possit, & per consequens vtitur facultate à lege concessa.

Nec obstat si dicatur, quod ante Gallum Aquilium

lium solum filij posthumi poterant institui, ex alijs verò vltra filios nullus poterat de iure ciuili institui: Nam respondetur, ꝙ hoc est contra id quod supra firmauimus, supra inquam, vbi diximus omnem posthumum de l. 12. tabul. institui posse; id quod autem dicitur quod vltrà filios nullus alius poterat institui, procedit de media iuris prudentia, vt infra in sequenti capite demonstrabimus.

69 Secundo augetur per regulam l. cum in tempus, hęredib. instituen. vbi qui tempore testamenti non est capax hæreditatis, potest institui quando erat capax; Si ergo incapax tempore testamenti potest institui tempore capacitatis, ergo hoc erat iam statutum à lege, & sic nullum ius nouum induxit.

Nec obst. responsio aliquorum dicentium, quod d. reg. l. in tempus, non procedebat in personis incertis, persona enim incerta tempore testamenti quamquam deinde certificaretur, non poterat ex testamento capere, §. incertis, ꝟ. de legat. sed posthumi omnes erant incerti, ergo inducit nouum ius statuendo quod instituerentur,

Respõdetur, ꝙ posthumus de quo per Gallum non erat persona incerta, ex quo iam conceptus erat Auo viuo, quo in casu dicitur persona certa, & habilis ad hæredis institutionem, quod optimè probatur ex l. 1. §. si quis proximior, ff. vnde cogn, text. est in terminis, in §. sed cum quæritur, infra, de hæred. quæ ab intest. defer. ille enim qui conceptus est Auo viuo, dicitur animal, & sic persona certa.

Nec obstat reg. de qua in l. in tẽpus, quia sibi locum vendicat in illis qui nullo modo aliquid erãt, prout in his terminis loquitur text. in d. §. incertis, vnde hæc ratiocinatio in contrarium retorquetur.

Tertio deducitur text. in l. pen. de leg. 1. ibi, sententia Galli obtinuit, ergo fuit dispositio Galli, & eius opinio fuit tantum recepta, nõ autem fuit lex.

Nec obst. si dicatur, quod fuit hæc quæstio disputata, vtrum de hoc deberet fieri lex, & cum esset populus interogatus, concessit, & sic obtinuit sententia Galli.

Respondetur, quod obtinuit sententia Galli quo ad modum, & formulam instituendorum posthumorum, quæ formula ab omnibus fuit recepta & approbata, sed non ex hoc sequitur quod nouum ius statuerit.

70 Quarto moueor ex d. l. Gallus, ibi, sic posthumos alienos posse institui, ponderando dictionem illam (sic) quæ stat demonstratiuè, & significat formam inductam fuisse à Gallo, l. 2. ff. de cond. ind. l. si sic stipulatus, la prima, & l. si sic stipulatus, de verb. oblig. datur, ergo intelligi, illum fateri de l. 12. tab, posthumos suos posse institui, ita, vt ipse tantũ inuenerit formam, ergo non ius nouum.

Nec obst. si dicatur, illam dictionem (sic) nõ designare formam traditam per Gallum: nam forma debet ad vnguem seruari, l. cum hi, ff. de iudic. at forma Galli potest mutari, & tamen testamentum sustinetur, ergo illa dictio (sic) non stat demonstratiuè; quod autem si mutetur duret testamentum, probo per text. in d. l. Gallus, §. quidam rectè, vbi illa dictio (sic) non denotat formam.

Respondeo, quod fateor non esse necessariam cõcipi formam verbis proprijs, & sic licèt mutentur verba, nihilominus valebit testamentum, nam satis est complecti illius sensum, & ita sentio vnà cum Galliaula, & alijs.

Quinto confirmatur hæc opinio ex l. commodissimè, ff. de lib. & posth. vbi ille qui nondum natus est ita hæres instituitur, siue viuo me, siue me mortuo natus sit, hæres esto. Et sic ibi colligitur, ꝙ illa verba (si ita instituatur) idest si hac forma viuo me moriatur, denotant formam instituendorum posthumorum. Cõfirmatur: quia ibi dicitur, quod si non fuerit seruata illa formula, & filius nascatur, rumpit testamentum, ergo quo ad formam, non autem quo ad ius nouum condendum Gallus animum appulit.

71 Sexto & vltimo confirmatur: quia Gallus Aquilius fuit priuatus homo, & Iureconsultus in vrbe Roma, l. 2. §. post hos, ff. de orig. iur. sed I.C. sententia est tantum probabilis, non necessaria, glos. in in l. 1. C. de legib. & videmus quod communis eius opinio non habet vim legis, vt declarant DD. in cap. 1. in fine, extra de constit. ergo. Confirmatur: quia Iurisconsultorum intererat cauere, de iure respondere, interpretari, & arguere, non autem nouum ius condere.

Nec obst. si dicatur, quod I. C. antiqui habuissent authoritatem legis condendæ, §. responsa prudentum, de iure natut. gent. & ciuili. illud autem quod dicebamus de opinione eorũ probabili, vel necessaria, habet locum in Doctorib. nostri tẽporis.

Nam respondetur, quod I. C. antiqui eam omnino & non maiorem habebant authoritatẽ quàm nostrates habent, cumque eorum opinio esset probabilis, nõ autem necessaria, vt in l. prospexi, ff. qui & à quib. vbi I. C. videt legem esse duram, & tamẽ illam non corrigit, ergo non condit legem. Nec obst. text. in d. §. responsa prudentum; nam dico, text. illum declarari debere ex l. 1. tit. 4. in lib. 1. C. Theodosiani, vbi quatuor tantũ Iurisconsultorum opiniones in vim legum approbantur, vt ibi, & sic non eo quia habuerint hãc authoritatem, sed quia placuit sic Imperatori tribuere illis tantũ quatuor,

72 Nec obstat etiam si dicatur, quod Gallus floruit temporibus mediæ Iurisprudentiæ, vt patet in eo, quia media Iurisprudentia fuit inter Imperatores & ll. 12. tab. §. cæterum, supra, de legit. agn. successi. sed illo eodẽ tempore floruit Gallus, d. §. post hoc, d. l. 2. de orig. iur. & §. nouissimè, quo stante, certum est, quod media Iurisprudentia quæ descendit ex responsis Prudentum, correxit l. 12. tab. in aliqua parte, vt in d. §. cęterum, l. 2. §. his legibus, de orig. iur. ergo sicuti media Iurisprudentia introduxit aliquid contra l. 12. tab, non est mirum si Gallus introduxerit aliquid de nouo circa posthumos eodem tempore. Confirmatur: quia ipse Gallus fuit Consul Romæ, & sic poterat legem condere interrogando Populum, vt per M. Tullium lib. 2. de nat. Deorum, fuit etiam Tribunus, qui Tribuni plebis poterant legem condere, interrogando Populum, ergo poterat ius nouum inducere.

Respondetur fateor Gallum floruisse tẽpore mediæ Iurisprudentiæ, tñ non sequitur, eum habuisse medię Iurisprudẽtiæ authoritatẽ: quia media iurisprudentia fuit recepta tanquam ius ciuile, imò est

species

species illius, vt in d.l.2.§.his legib.latis, de orig.iur. vndè nulla est proportio Galli & mediæ iuris prudétię. Nec obst.id q dicitur de Cósule vel tribuno: quia respondeo, quod istud non apparet, nec eius promissio appellatur lex, sicuti lex Aquilia, & edictum de dolo; sed tantum appellatur formula, vel consilium, non autem est lex sicuti lex Velleia; Nec obst. dicere, non dicitur lex sicuti lex Velleia, quia lex Velleia erat plenior, quia dico, quod nihilominus deberet dici lex, vnde dicere quod fuerit lex, sed postmodum desierit lex appellari, hoc est diuinare, ergo ex his omnibus remanet verior opinio Gallum Aquilium nullum ius nouum circa posthumorum institutionem induxisse, vt communis Interpretum turba opinabatur, sed solum modum & formulam illorum instituendorum adinuenisse.

73 Cum ergo Gallus Aquilius induxerit nouã formulam, non autem nouum ius, infero ego ad id quod octauo loco disputare polliciti fuimus, scilicet ante testamentum conditum secundum formulam & consilium Galli, in iure validum sit, necne ita, quod nulla alia filiorum institutio requiratur; qua in re duę sunt opiniones. Prima est Bar.in l.Gallus, num.5.& 6. ff.de liber.& posthum. opinantis illud testamentum valere, & filium succedere ab intestato, nepotem verò ex testamento venire, ex illis verbis (si filius meus viuo me moriatur, tunc si quis mihi ex eo nepos neptisve, post mortẽ meam in decem mensibus proximis quibus filius meus morietur, natus natave erit, hæredes sunto) quam opin.tenet etiam idem Bart.in §.idem credendum, ead.l.Gallus, & in l.si quis eum, §.1. num.2. ff.de vulg.& pupill.& in l.cohæredi, §.fin.eod.tit.quam sequuntur Salicet.in d.l.Gallus, & Paul.Castrẽsi, pro qua opin.plura deducunt, ego autem vrgentiora tantum referam.

Primo per text. in l.si quis ita heres instituatur, ff.de hæred.instit. vbi valet institutio sub conditione si legitimus nolit vendicare hæreditatem etiam nulla institutione facta de ipso; ergo etiam valebit si dicatur, si filius me viuo moriatur, cum sit relicta potestas succedendi ab intestato.

Ego verò (cum Bart. communiter reprehendatur,) sequens contrariam opin. respondeo, quod tex.loquitur de agnatis, & sic de legitimis hæredibus, nõ autem de suis, qui quidem agnati non sunt necessariò hæredes instituendi, sicuti filij, non mirum ergo quod valet testamentum ibi. Nec obst. si dicatur, quod text.ille generaliter loquitur, & ideo potest etiam comprehendere filium, qui & ipse legitimus appellatur, l.3. §.de illo, ff.pro soc. & ideo filius ex capite vnde legitimi, potest succedere, vt in l.1.§.a.ff.de succes.edicto.

Respondetur, quod imò intelligitur tantum de agnatis, quoniam ex communi appellatione filij separantur à legitimis, vt infra de hæred.quę ab intest.defer.§.1.iuncto titulo de legit.agnat.succes.facit Rubr. cum suo nigro, ff.& C.de suis & legit.& hinc est quod prætor fecit duplicem bonorum possessionem vnde liberi, scilicet & vnde agnati, vt ff.vnde liberi, & vnde agnati.

Secũdo mouetur Bart. pro sua opin.per l.etiam, §.si libertus, ff.de bon.libert. vbi dicitur testatorem non esse male testatum, si dixit, si filius meus morietur, me viuo, patronum instituo, ergo eodem modo per illa verba formulę valebit testamẽtum, nulla facta institutione.

74 Respondetur, quod cum sit regula iuris, quod quando de vna re disponitur, in cęteris terminis habiles sunt præsupponendi, vt in princ.de l.Fus.Canin, toll. Cagnol, in l.vnum, num.3.si cert.pet.vnde cum ibi secundũ agatur de validitate substitutionis, dicendum est, præsupponendum esse filium iã institutum expresse, sed secùs est in casu nostro.

Tertio adducitur text. in l.cum in testamento, ff.de hæred. instit. vbi est factum testamentum secundum formulam Galli, dicitur secundum duos gradus hęredum factos esse, ergo per illa verba conditionalia facta fuerat substitutio filij.

Respondetur, quod ibi præsupponitur institutionem factam esse verbis expressis, quemadmodum dicunt DD.communiter, & de communi responsione testantur Moder.Bonon. in l.Gallus, in princ.num.129.

75 Quarto, quia ex expressa voluntate defuncti causa in testamenti præfertur causæ testamenti, vt tradit Bart. in l.si ego, num.1. ff.de iniusto rupto, ergo potest testator facere quod filius succedat ab intestato, nepos verò ex testamento mortuo filio.

Respondetur, quod regula est in contrarium, l.quamdiu, ff.de acquit.hæred. dictum Bart.procedit in casu speciali, quando expresse contrarium statuit, quod secùs est in casu nostro.

Secundo respondetur præsupposita illa Regula Bart. dico, quod illa Regula in casu nostro non potest verificari, quia cum ipse filius sit in potestate constitutus, debet institui vel exhæredari.

Quinto licèt in hac formula adsit præteritio filij, quia tamen per eam filius nulla afficitur iniuria, ergo valet testamentum, argum.l.si quis mihi bona, §.sed si mandare, ff.de acquir.hæred. vnde præteritio in casu nostro non vitiabit, ex quo vitiat propter iniuriam, §.aliud quoq; capitulum, Authent. Vt cum de appell.cognosc.& in simili probatur in l.multi, ff.de liber. & posth. at filius in casu nostro nulla patitur iniuriã, ergo.

76 Respõdetur primo per DD.communiter, quod imò afficitur iniuria, cum honor sit vocari ex testamento, l.si filium, §.si porro, ff.de leg.præstand.& hinc est quod si filius habeat bona patris alio titulo quàm institutionis titulo, dicitur affici iniuria, d.§.aliud quoque capitulũ, not.in Auth. Ex causa, C.de liber. & præterit.

Secundo respondetur, dato quod nulla afficiatur iniuria, nihilominus testamentum viciatur, ex quo caret forma, cum filius debeat institui vel nominatim exhęredari, l.inter cęteros, ff.de lib.& posthum. & in princ. Instit. de exhæred.liberor.

Nec obst.tex.in d.l.multi, et l.filius à matre, C.de inoff.testam. Nam respondetur, quod tunc satisfactum est formę testamentariæ, ex quo filius fuit ibi exhęredatus, sed in casu nostro nullo modo est satisfactum formæ, ergo.

Nec obst.l.si posthumus, §.quod vulgo, ff.de liber. & posth. nam ibi etiam fuit satisfactum for-

mæ,

mæ, ex quo fuit semel institutus, secùs in casu nostro, ergo.

Sexto & vltimo mouetur Bart. testator per illa verba præfert filium nepoti, & ideo videtur tacitè etiam instituere, vnde tacitè satis seruata est forma testamenti, argum. l. conficiuntur, §. 1. ff. de iure codicil. notatur in l. cum filius, de leg. 1. & tacita institutio sufficit, l. si pater filius, vbi Cuman. Imola, & alij, ff. de vulg. & pupilla.

Confirmatur: quia qui succedit ab intestato, venit ex voluntate tacita dominorum mortuorum, non tãtum ex lege, l. conficiuntur, ff. de iur. codicill.

Respondetur, quod illa verba non inducunt vocationem, sed tantum conditionem, sicuti illa, si nauis ex Asia venerit, at conditio nihil ponit in esse, l. si quis sub conditione, ff. si quis omissa causa testam. l. ex facto, ff. de vulg. & pupil.

Secundo, dato quod fuisset tacitè vocatus à testatore, tamen non dicitur tacitè institutus ex testamento, vt in d. l. conficiuntur, quæ retorquetur in contrarium, dum vult, quod ipsi succedant ab intestato, ergo non sunt instituti, & ad hoc vt quis succedat ex testamento, necesse est quod in ipso filio instituendo seruetur forma ipsius testamenti, ergo non sufficit tacita, vt infra, vndè, nec etiam vocati ab intestato ex tacita voluntate possunt dici hæredes institui, quia non sufficit in testamento.

77 Secunda fuit opinio, quod hoc testamentum valebat, sed quod filius sub illis verbis sit tacitè institutus, non autem expressè, & sic hæc tacita institutio sufficiat. quam opinionẽ tenent Aret. Alex. Ias. & Claud. Seisell. in d. l. Gallus, vbi Fortun. nu. 76. Corras. lib. 2. cap. 6. nu. 60. Couarruu. in repet. cap. Raynutius, §. tertio, num. 9. de testament. quæ opinio duo in se continet dicta; Primum, quod institutio tacita sufficiat ad validitatem testamenti; Alterum, quod in tali testamento secundum formam Galli facto, filius sit institutus; sed quoniam vnum quodque ex illis non caret difficultate, ideo de veritate prædictorum disputandum est.

Quantum igitur pertinet ad primum, quod scilicet tacita institutio possit conualidare testamentum, & ei substantiam ac vim tribuere, tenuerunt communiter DD. vt de cõmuni testatur Salomon. in l. Gallus, num. 16. quàm insequuti sunt Imola, Cuman. Aret. & Ias. in l. si pater filium, ff. de vulg. & pupill. & pro ea primo loco deducitur text. in d. l. si pater filium, secundum intellectum Iacob. de Arena, quam refert Aret. in secundo notab. ex quo intellectu hoc expressè notat Ias. vbi dicitur, quod si pater filium impuberem hæredem scripserit, & ei substituerit, per hæc verba, si quis sibi post mortem natus fuerit, & posthumus nascatur, ipse efficitur hæres patri, & sic probatur, quod tacita institutio sufficit quæ prouenit ex coniecturata mente testatoris, & dicitur satisfactum formæ legis requirentis institutionem vel exhæredationem filij; at in casu nostro multę sunt coniecturæ, ex quibus quis debet dicere filium esse institutum; prima est coniectura, quia in dubio semper præsumendum est pro causa testati, quàm intestati, cum causa testati præferatur, l. quamdiu, C. de acquir. hæredit.

78 Confirmatur: quia in dubio in fauorem testo-rum respondendum est, l. in testamentis, de reg. iur. vbi Decius cap. fin. de te iudic. secunda est coniectura, quia cum testator pro validitate testamenti instituerit nepotem expressè in testamento, videtur in necessariam antecedentiam filium instituisse, quia non est credendum quem eligere viam per quam iudicia sua impugnarentur, l. 3. ff. de mil. testamento, at si testator nepotẽ instituisset, & filium prætermisisset, parasset sibi viam ad impugnandum testamentum, quod non est præsumendum, ergo tacita institutio sufficit. Confirmatur ex alio: nam ipsi Aui nepotibus relinquere videntur filiorum contemplatione, l. dedit, ff. de collat. bon. ergo multo magis dicendum est filium institutum fuisse, sicuti & nepos substitutus est.

Ego autem qui opin. contrariam veriorem sentio, huic primo argumẽto respondeo, primò, quod ibi vulgaris substitutio dicitur expressa verbis generalibus, in pupillari, l. iam hoc iure, ff. de vulg. & pupill. hic autem nulla est expressa quæ possit institutionem continere.

Secundo pro hac opin. deducitur text. in l. 3. C. de inoff. testamento, vbi tacita institutio videtur esse habilis ad validitatem tẽstamenti.

Respondetur, quia ibi est interpretata institutio ex necessitate propter suppletionẽ legis, non autem quod ipsa sufficeret.

Tertio probatur ex l. Titius, §. Lucius, ff. de lib. & posth. vbi secundum communem intellectum ex coniecturis censetur institutus iam natus, vt est tex. etiam in l. cum in testamento, in princ. ff. de hęred. instit. vbi habetur hæc formula Galli, & tamen valet illud testamentum, ex quo præsumitur tacitè institutus.

Respondetur, prout supra ad l. 3. C. de inoff. testamento.

Quarto deducitur l. fin. C. de posth. hęred. instit. vbi valet institutio de eo qui erat nasciturus post mortem, & tamen ille erat natus, & illi nato adaptatur, ergo.

Respondetur, quia ibi institutus si nascatur post mortem, videtur institutus, si nascatur in vita, cum solum conditio mutetur, non autẽ institutio, quæ verè & expressè interuenerat.

Quinto & vltimo deducitur text. in l. si ita scriptum, §. fin. ff. de lib. & posthum. vbi si alternatiuè instituatur masculus & fęmina, & vterque nascatur, videtur facta institutio de vtroque.

Respondetur, ibi esse interpretatiuam institutionem de vtroque factam, quæ continetur in verbis generalibus ipsius institutionis, & sic erat expressa institutio.

79 Contrariam opin. quod imò in formula Galli non contineatur aliqua filij institutio, etiam tacita, sed ad hoc vt testamentum valeat debere præcedere institutionem filij expressam, testatur Socin. iun. num. 34. in d. l. Gallus, ff. de lib. & posth. sed in primis videamus an tacita institutio sufficiat ad sustinendum testamentum; & nonnulli sunt qui dicunt, & admittũt tacitam sufficere, id quod falsum esse existimo; & quod institutio tacita non sufficiat ad validitatem testamenti est communis Interpretum opinio, vt de ea testatur Gulielm. de Benedict. in cap.

in cap. Raynutius, in verbo, adijciens, num. 22. de testam. de communi testatur Iul. Clar. Alexand. in tract. de testa. quæst. 35. sicuti etiam sentiunt Mod. Bonon. in l. Gallus, in princ. num. 133. quæ opinio probatur validissimis rationibus.

80 Sed in primis sciendum est, institutionem hæredis esse in duplici differentia, aut enim est expressa, aut tacita; expressa est, quãdo testator nominat, aut dicit, Titium hæredem instituo, tacita verò si testator dicat, si ille qui mihi ab intestato successurus est nolit esse hæres, substituo Caium, nam hoc casu videtur tacitè testator instituisse eum qui illi erat ab intestato successurus, quo stante dico, quod tacita non sufficit, & probatur.

Primò traditum est pro forma à lege, quod filius debeat institui, aut nominatim exhęredari, l. inter cætera, de lib. & posth. in princ. de exhæred. liber. ergo tacita non sufficit, cum in his quæ respiciunt formam, non sufficiat adimpleri per æquipollens, l. iubemus, C. de testa. Albet. in l. cum quid, si cer. pet. glos. Batt. Alb. & Ias. num. 13. in l. 1. ff. de vulg. & pupill. & Felin. in cap. cum dilecti, de reg. iur. in sexto. & ideo hoc in casu taciti & expressi non eadem est virtus.

81 Augetur: quia formæ traditæ à lege per hominẽ derogari non potest, l. nemo potest, de leg. 1. l. ius publicum, ff. de pact. & ideo si in suis hæredibus iam traditum est pro forma quod debeat expresſè institui, ergo tacita non sufficit.

Secũdo prob. institutio & exhæredatio pari. passu ambulant, & vbi exhæredatio, ibi cadit & institutio, & è contra, vbi non institutio, non cadit exhæredatio, §. pen. infra, de codicill. at tacita exhæredatio in suis nõ sufficit, l. nominatim, l. 3. cum multis alijs, ff. de liber. & posth. ergo nec in casu nostro sufficiet tacita institutio.

Nec obst. si tu dicas, ꝙ illud verbum nominatim, de quo in l. inter cætera, refertur tantum exhæredationem, non autem ad institutionem. ratio differentiæ est, quia cum exhæredatio sit odiosa, voluit Lex, quod nunquam pręsumatur nisi nominatim & expresſè fiat; secùs in institutione, & sic tacita sufficiet, & non derogabit formæ legis. Nam respondetur, quod quantum ad suos hæredes pertinet, semper institutio debet fieri nominatim, sicuti exhæredatio; nec vrget quod illud verbum (nominatim) sit adiunctum exhæredationi: quia hoc factum est ad maiorem declarationem, demonstrando quod specialiter hoc debet procedere in exhęredatione, non per hoc sequitur quod institutio non debeat fieri expresſè.

Tertio probatur in l. 1. ff. si tab. testa. nullę extab. vbi si inconsultò nomen hæredis fuerit deletum in testamento non datur ex eo bonorum possessio, ergo multò magis denegabitur, si nunquam fuerit scriptum nomen hæredis.

Quarto comprobo per text. in l. quoties, ff. de hæred. inst. & l. quidam cum filium, ff. eod. tit. vbi dicitur illud expresſè.

Quinto confirmatur per notata per Vlpia. in tit. quemadm. hęred. instit. iuncta l. quoniam indignũ, C. de testa. vbi verba requiruntur in testamẽto, sed in tacita verba non inueniuntur hoc denotãtia, ergo.

Augetur istud: quia in testamento nuncupatiuo testator debet hæredes nominare testibus audientibus, l. hæredes palam, ff. de testam. l. hac consultissima, C. eod. Item & in testamento in scriptis, l. iubemus, C. eod. l. fin. ff. de iur. codicill. & in prin. supra, de testam. ergo.

82 Sexto & vltimo comprobatur per l. 1. ff. de hæred. instit. vbi quis potest facere testamentum trib. verbis, vt ibi, Lucius hæres esto, ergo debent apponi verba ex quibus colligatur necessariò factam esse institutionem non per coniecturas, & hinc est quod substitutio vulgaris per coniecturas induci non potest, vt per Paul. Castr. in l. pen. num. 3. C. de impub. & alijs subst. sed verum est quod si testator expressisset & notarius non scripsisset, error Notarij non vitiat testamentum probato errore, id enim ratum habetur quod expressit testator, l. errore, C. de testament.

Ex his ergo firma remanet opinio communis; contra alteram communem Salomon. quod imò tacita institutio non sufficiat; quæ tamen conclusio declaratur procedere in suis hęredibus, qui de necessitate sunt instituendi vel exhæredandi, secus verò in extraneis qui de necessitate iuris non debẽt institui vel exhæredari, & tunc sufficit tacita institutio ad validitatem testamẽti & substitutionis, ita dixit Guliel. de Bened. in d. cap. Raynutius, in verb. adijciens, nu. 23. & in hoc consentiunt omnes DD. prout refert & sequitur Iul. Clar. Alex. in d. quæst. 35. & hoc quo ad primum caput.

83 Quantum verò ad secundum, quod in tali testamento secundum formulam Galli esset facta institutio tacita, dico, quod nulla reperitur tacita institutio: quia filius in d. formula est tm̃ positus in conditione, sed conditio regulariter nõ inducit dispositionem, quia quæ sunt posita in conditione, non sunt posita in dispositione, l. si quis sub conditione dandorum decem, ff. si quis omissa causa testam. at filius positus est in conditione, ergo; sed quonia in hoc clarum est, ideo aliter immorandum non existimo.

84 Quantũ verò pertinet ad penultimũ caput, nunquid per l. Velleiam disponantur posthumum alienũ hæredẽ institui posse, vnde pro eius notitia scire oportet, quod cum Gallus Aquil. solummodo prouiderit in eo tantum casu, in quo posthumi nepotes post mortem Aui nascerentur sępe contingebat eos nasci viuo adhuc Auo, vnde ex hoc illud testamentum prius ex consilio Galli factum rumpebatur, cum ille tantum fecisset posthumorum institutionem, quando post Aui mortem nascerentur, Idcirco superuenit lex Velleia, quæ permisit, vt possent etiam institui nepotes posthumi, eo in casu quo viuo Auo nascerentur, & sic illos institutos prohibuit testamentum rumpere; & hæc lex Velleia habebat duo capita.

Primum erat, quod versabatur circa posthumos hæredes instituendos, eo casu quo sui hæredes viuo Auo nascerentur, meritò disposuit, vt qui testamentum faceret haberet potestatẽ instituendi eum, qui ei suus hæres futurus erat cum nasceretur, d. l. Gallus, §. nunc de lege Velleia, quare ita ex legis illius dispositione, horum posthumorum institutio ita

concipi

conscipi poterat; si filius meus hæres institutus suus hæres esse desierit, tunc si quis mihi nascetur ex eo nepos, hæres esto.

Secundum erat Legis Velleię Caput, quod non versabatur circa posthumos, sed circa iam natos nepotes, nam cum ipsi fuerint præteriti, non rumpebát testamentum, licèt tenerét primum locum, sed ius accrescendi dabatur vsq; ad certam portioné, vt supra in princ. huius tit. diximus; lex Velleia posteriori capite concessit eis iura suorũ heredum, dicens: si quis ex suis hæredibus suus esse desierit; liberi eius & cęteri in locum suum suorũ hęredum sui hæredes succedant, d. l. Gallus, §. videndum, & ideo eis ad similitudinem posthumorum, si præteriti erant voluit rumpere testamentum, vt est text. in §. posthumorum, infra eod. si verò erant instituti, prohibuit testamentum rumpere, d. l. Gallus, §. ille casus; Vndè ea traditis hucusque satis apparet, quod lex Velleia nihil posthumis alienis prouidit, sed solummodo ampliauit formulam & cõsilium Galli Aquilij circa posthumos suos.

84 Sed quid iuris est de iure Prætorio, nunquid eo iure posthumus alienus posset hæres institui? & in hoc capite non insistendo, tanquam in re clara, dico quod sic; Prætor enim ęquitatem naturalé præ oculis habens, videns hoc iniquum esse, disposuit, vt institui possent; dando eis bon. poss. secundum tab. & eos antequam nascerentur mittebat in possessionem ex Clausula de ventre in posses. mitt. et pro hoc facit text. infra de bon. poss. in princ.

Esset vidédum vltimo loco, quid de iure nouissimo Iustinianeo, an posthumus alienus posset institui? & concludatis, quod sic, per text. in §. posthumus, ℑ. de legat. & per primum tit. de bon. poss. His sic præludiorum causa pręfatis.

85 Diuiditur text. iste in tres partes principales, In Prima ponitur dictum posthumos, scilicèt debere institui vel exhæredari; In secunda ponit quædam in quibus posthumi omnes conueniant in materia exhęredationis; In tertia ponit in quo differant posthumi masculi à fęminis, in materia exhæredationis. Secunda est ibi, & in eo. Tertia est ibi, sed fœminini.

Summatur: posthumi debent institui vel exhæredari, aliàs testamentum eorum natiuitate rumpitur, licèt ab initio valeat, masculi quidem nominatim, fœminæ verò inter cęteros, dummodo aliquid eis legetur.

87 Facti species in prima parte ita effingi potest per interrogationem & responsionem. Quęsitũ fuit ab Imperatore, nunquid posthumi deberent hæredes institui vel exhæredari? & pro ratione dubitandi uidebatur dicendum quod non. Dubium faciebat: quia non entis, nullæ sunt qualitates, l. pen. in fine, ff. si cert. petat. sed posthumi sunt non entes, cum non sint adhuc in rerum natura, dum enim sunt in vtero, dicuntur portio viscerum matris, l. 1. §. ex rescripto, ff. de ventre inspic. ergo non debent hæredes institui, aut exhæredari. Hac tamen dubitandi ratione non obstante, contrarium deciditur hic per Iustinianum. Ratio decidendi esse potuit, quia posthumi debent haberi pro iam natis, vbi tractatur de commodo eorum, l. qui in vtero, ff. de statu homin. & sic non obstat contrarium: quia cum habeantur pro iam natis, patet, quod aliquę sunt qualitates posthumorũ, & dato quod essent non entes in actu, in potentia tamen sunt, quę quidem potentia de facili est ad actum reducibilis, de qua idem plerumq; iudicatur quod de ipso actu, vt patet in appellatione à sententia infra decem dies, in qua idem operatur potentia appellandi quod operatur appellatio: nam sicuti appellatio suspendit executionem sententiæ, & ita appellandi potétia, vt per Canonistas in Rubr. extra de appell. & in cap. 1.

In secunda parte ita effingi potest Casus. Dictum fuit supra, quod posthumi debent institui vel exhæredari, quæri poterat, verum si non fuissent hæredes instituti neque exhæredati, testamentum esset ipso iure nullum? à principio videbatur quod sic: quia quo ad sui commodum habentur pro iam natis, d. l. qui in vtero, sed in iam natis pręteritis testamentum est ipso iure nullum, ergo pariter in posthumis videbatur id nullius esse momenti.

88 Contrarium fuit decisum, ea nempe ratione: quia magis odiosum est pręterire filium iam natum, quàm nondum cognitum, pater enim magis peccat & actum facit contra pietatem, prætereundo filium natum, quàm nasciturũ. Nec ob. quod ex quo tractatur de eorum cõmodo, habeãtur pro iam natis: quia respondetur, quod posthumus non habet causam querelæ, nec non queri potest, quemadmodum iam natus: nam si nascatur viuus, sat illi est, quia natiuitate statim annulletur testamentum in quo fuit pręteritus, & in hoc habetur pro iam nato, si verò abortiuus nascatur, non habet causam querelæ: nihil est, addito quod non tractetur de cõmodo pósthumi post ipsius natiuitatem.

89 In tertia & ultima parte talis est Casus, Pater condidit testamentum & in eo sibi extraneum hęredem instituit, pręterita posthuma filia sibi nascitura, quęrebatur, nunquid natiuitate ipsius testamentum rumperetur? & pro ratione dubitandi uidebatur dicendum quod non, quia ut statim dictum est, pater magis peccat prætereundo iam natam, quam iam uidit, & nouit, quàm prætereundo posthumam quam nunquam uidit, in qua non potest cadere affectio, aut si potest cadere non tanta cadit, sed filia iam nata non rumpit testamentum, sed ea præterita testamentum ualet, ut supra in primo huius tit. uers. sed non ita, ergo multo magis ualere deberet pręterita posthuma.

Hac tamen ratione dubitandi non obstante, respondetur contrarium per Iustinianum; ratio fuit secundum Ias. hic, in addit. ad Port. quia lex antiqua putauit quod potius per obliuionem pater prętereat posthumam, quàm iam natam, & ita probabilior obliuionis dubitatio cadit in filia posthuma, quàm in iam nata, ut probat iste tex. in uers. sed fœminini, qui vult, quod quando filia posthuma exhęredatur inter cęteros, debeat sibi aliquid legari, ne uideatur per obliuionem pręterita, & sic non obstat ratio dubitandi, & hoc præsertim, quia quemadmodum iam nata filia poterat inter cæteros exhęredari, ita etiam posthuma, ea enim sola erat differentia inter eas, quia quando posthuma

inter cæteros exhæredabatur, debebat sibi pater aliquid legare, quod non erat in iam nata.

90 Notatur primo loco secundum Aretin. Port. & Bellon. in primo notab. quod posthumi instituendi sunt vel exhæredandi, & per consequens, quod illa Regula de qua in l. inter cætera, ff. de liberis & posthum. habet locum non solum in liberis iam natis, sed etiam in nasciturus, & sic in posthumis. concordat text. in l. 3. in princ. ff. de iniusto rupto. Quæ declaratur procedere in illis posthumis, qui si essent præteriti, eorum natiuitate & agnatione rumperent testamentum; qui autem fuerint vel sint isti, diximus suprà loquentes de posthumis suis, & infrà de eis sumus etiam dicturi.

91 Secundo notatur, posthumo præterito valere testamentum à principio, sed eius natiuitate rumpi; concordat text. in l. posthumo, C. de contratab. vbi notant Decius in secundo notab. & Ias. ibi, num. 4. quod quidem not. latissimè explicauimus suprà in princ. huius tit. in glos. in verbo, constiterit, vbi illud quatuor modis ampliauimus, ad quem locum ego vos reijcio,

Primo nunc limitatur, vt habeat locum in posthumis suis, non autem in alienis, ita loquitur textus in dicta l. 3. in principio, ff. de iniusto, rupto, & omnia alia iura loquentia de posthumis instituendis vel exhæredandis, cum ipsi sui posthumi in locum patris succedant, & primum obtineant locum in sunate, dicta l. 3. versic. nam Diuus Marcus.

92 Secundo limitatur, quando posthumus semi natus viuus, & antequàm perfectè nascatur, decesserit, & antequàm totus in lucem fuerit editus, ita limitant Ias. & ante eum Barto. in l. quod dicitur, ff. de liber. & posthumis. Quæ limitatio ampliatur per Bald. & Corneum in l. quod certatum, C. de posthum. hæredib. instit. vt habeat etiam locum si solo pede retento in ventre, nec abscisso moriatur; ex qua ampliatione notant Zucchard. & alij, in dicta l. posthumo, quod mixtum non attribuitur maiori parti, nam corpus quod est compositum ex pluribus membris, non dicitur natum, seu non iudicatur natum, quãdo adhuc minimum membrum restat ad nascendum, imò attribuitur minori, & ei in quo minus incalescit, quia si moriatur, dicitur non natum, quod menti tenendum est, cum sit dubitatio ad Regulam l. quæritur, ff. de statu hominũ, vbi mixtum tribuitur maiori parti, & in qua magis incalescit; quę limitatio ad dictam l. cum quæritur, videtur procedere fauore ipsius testamenti; Vel secundò dicatis, quod in casu nostro non habetur consideratio ad corpus in quantum corpus, sed in quantum animatum, vndè, cum anima sit tota in toto, & tota in qualibet eius parte, Barto. in l. stipulationes non diuiduntur, ff. de verborum obligatio. sequitur, quod non incalescit magis in vna quàm in alia parte; & hoc modo dispositio legis cũ quæritur, remanet firma.

93 Tertio limitatur per Alexand. in d. l. posthumo, num. 3. non habeat locum quando nasceretur abortiuus, l. 2. C. de posthum. hæred. instit. quam limitationem alij sequuntur, & Moder. Bonon. in dicta l. posthumo, num. 13.

Quarto limitatur, vt non habeat locum si posthumus nascatur in sexto mense, l. intestato, §. fina. vbi glos. fin. ff. de suis & legitimis, l. septimo mense, & ibi glos. ff. de statu hominum. Ampliatur idem esse, si in octauo mense natus sit, vt per Scribentes in dicta l. posthumo, & per Alexandrum in dicta l. 3. C. de posthum. hæred. instit. cuius rei ratio est propter authoritatem Hippocratis, Galeni, ac Aristotelis dicentium, hosce filios viuere non posse; ideò, vt circuitus euitentur, inductum est, ne rumpant testamentum, qui frustra rumperent; & si de hoc dubitaretur, an partus esset natus in septimo vel in octauo vel nono mense, non statur matri nec ei fides præstatur, sed potius Medico vel obstetrici; ita Doctores in dicta l. quod dicitur, ff. de liber. & posthum. & per Dec. in prima lectura, l. posthumu, num. 4. Zucchard. num. 14. Moder. Bonon. num. 18.

94 Quinto limitatur, si posthumus natus declinet ad monstrum vel prodigium, vt ait glos. in dicta l. quod dicitur, facit l. non sunt liberi, ff. de statu hominum. in princ. qui autem videantur declinare ad monstrum, declarat Alciatus in l. quæret aliquis, ff. de verbor. significat. & ideo infertur, quod si caput equinum haberet partus, vel caninum, testamentum non rumpitur.

Sed contra hanc limitationem obstat tex. in d. l. quæret aliquis, vbi qui monstrum edidit, dicitur prodesse parentibus.

Solutio est, vt dicamus, quod aliud est quærere an ipsi sint filij, & testamentum rumpant, & tunc procedit dicta l. non sunt liberi, aliud est quęrere, an mater peperit, vel pater procreauerit, & tunc procedit d. l. quæret aliquis: nam uerum est matrem peperisse, & patrem procreasse, sed non est verum filium natum esse, & ideo inquiunt Doctores, quod si alicui esset factum legatum, si mulier pariet tres filios, non verificetur conditio in Monstro edito, sed si esset relictum sub conditione si pareret simpliciter, tunc adimpleta esset conditio, d. l. quæret aliquis, & glos. in dicta l. non sunt liberi; Facit l. anniculus, §. fin. vbi Alciat. ff. de verborum signif.

95 Sexto limitatur & vltimo, vt nõ procedat, quando posthumus moreretur viuo testatore, quia tunc testamentum conualidatur, l. posthumus, ff. de iniusto rupto, de qua limitatione & illius ratione egimus, suprà in princ. huius tit. plures deducendo rationes, quare hoc sit factum in posthumo, & non in iam nato, & an hoc procedat de iure ciuili, vel Prętorio.

Tertio noto ex hoc textu ibi, Posthumæ rumpitur: quod filiæ posthumæ præteritæ, & alij descendentes masculi, vltrà filios sunt melioris conditionis quàm filiæ iam natæ, & nepotes iam nati, cum iam natæ fœminæ & alij descendentes vltra filios si prætereantur, non annullent testamentum, vt in princ. huius nostri titu. in versic. sed non ita; ij autem eorum natiuitate si prętereantur, testamentum rumpant, quod videtur mirabile. ratio autem differentiæ assignatur per Iason. hic, in prima addit. ad Port. & per Ozer. nu. 8. & suprà diximus nos in princ. huius tituli.

96 Quar-

96 Quarto notò ex verbo totum infirmatur, testamentum natiuitate posthumi rumpi, & totum infirmari, & sic non solum quod ad institutionem hæredis, verum etiam quo ad legata, adeò, vt legata quoque minimè debeantur, aliàs si legata valerent, malè diceret Imperator, dum inquit totum infirmari; ita notant Aret. in 4. not. Ozer. num. 9. concordat text. in l. 1. C. de posth. hæred. instit. in fine, vbi dicitur, quod si ex posthumi præteriti natiuitate ruptum sit testamentum, nihil ex eo deberi neque peti potest, & sic nec legata quidem. Istud autem quod neque legata neq; fideicommissa debeantur ex testamento rupto per natiuitaté posthumi, procedit de iure antiquo; hodie autem per ius nouissimum Authenticorum correctum est, vt volunt Aretin. & alij hic, per text. in Auth. Ex causa, C. de liber. præter. quod dictum non ita simpliciter procedit, sed quando posthumus fuit scienter præteritus, & tunc habet locũ d. Auth. vt per Bart. ibi; si verò ignoranter fuit præteritus, tũc legata debentur, vt explicat Tobias hic, per multas ambages.

97 Quinto notatur, ibi, abortiuum filium, filium abortiuum non rumpere testamentum; concordat text. in l. vxoris abortu, C. de posth. hæred. instituend. & in l. quod certatum, in fine, C. eod. ratio est: quia abortus est ille qui mortuus nascitur, & qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia nunquã liberi appellari potuerunt, vt inquit text. in l. qui mortui, ff. de verb. signific.

Limitatur procedere, si nascatur & vocem non emiserit, puta, quia nascatur mortuus, secùs autem est, si nascatur viuus, & vocem emiserit, licèt statim moriatur, nam tunc illius natiuitate testamentum rumpitur, Imò, etiam si vocem non emiserit, vt probatur in d. l. vxoris abortu, & in sequenti, vbi dicitur, quod si posthumus præteritus nascatur viuus, etsi vocem non emiserit, si tamen non declinet ad monstrum, vel prodigium, testamentum rumpitur, licèt illico decedat.

Sexto notatur, quod filia posthuma nascendo, testamentum rumpit, vt hic in textu nostro expressè dicitur.

98 Septimo noto, quomodo posthumus nominatim exhæredari dicatur, videlicèt si ita testator scribat; quicunque filius mihi genitus fuerit, exhæres esto, cõcordat text. in l. 3. §. nominatim, ff. de iniust. rupt. & istud verum est secundum Aret. quando testator dixit, quicunque mihi filius genitus fuerit, exhæres esto; secùs autem, si in genere generalissimo dixisset; quicunque de liberis mihi natis fuerit, exhęres esto, vt probatur in l. Titius, in princ. ff. de lib. & posth. vbi glos. in verbo, rectè, & in l. 2. eiusdem tit. quia ista non dicitur exhæredatio nominatim facta, sed inter cæteros, vt probat glos. in d. verbo, rectè, & ratio est: quia verbum liberi, est genus quoddam latè patens, continens sub se non solum filios, sed etiã nepotes, & omnes descendentes in infinitũ, vt s. dictũ fuit in Rubr. per d. l. liberorum, ff. de verb. sign. vndè, cum plures complectatur descendentium gradus, hoc modo concepta exhæredatio, patet, quod non nominatim, sed inter cęteros exhæredatio ipsa dicitur. Stante igitur hoc, quod exhæredatio dicatur nominatim facta, si dixero: quicunque mihi filius natus fuerit, exhæres esto, inducit Aret. ad quæstionem. Scimus, quod secundum testm̃ tollit primum, §. posteriore, J. quib. mod. testam. infirm. nisi prius habeat Clausulam derogatoriam, puta, quia testator in eo dixerit: & si post hoc contigerit me aliud condere testamentum, volo quod non attendatur, sed debeat attendi primũ, in isto casu per secundum primum non tollitur, nisi postea in secundo testaméto, testator expressam faciat mentionem de primo testamento; ita notant DD. in d. §. posteriore, & per Bart. in l. si quis, in princ. ff. de leg. 3. vndè, si dicat testator in secundo testamento, reuoco omne illud testamentum, & non sit nisi vnum, semper intelligitur reuocatum primum & nominatim; ita Bart. in l. 2. ff. de lib. & posth. & in dicta l. si quis, in princ. de leg. 3.

Item, istud quod dicatur exhæredatio nominatim facta, si dixerit testator: quicunque mihi filius natus fuerit, exhæres esto, licèt sit facta per verba generalia, allegatur ad aliam quæst. per Bart. in l. si filiusfamil. num. 10. ff. de donat. quem refert Aret. hic, videlicèt quando quis dicatur habere mandatum speciale, & nominatim factũ, secùs si per verba generalissima, quemadmodum est etiam in casu nostro, quando per verba generalissima omnes liberi mei, exhęredes sint, exhæredatio concepta fuerit: nam quemadmodum non dicitur nominatim facta, vt in d. l. Titius, super gl. in verbo, rectè, ff. de lib. & posth. & in d. l. 2. ita etiam mandatum, per verba generalissima conceptum dicetur non speciale, nec nominatim factum.

99 Octauo & vltimo notatur vltra DD. ex tex. isto princ. huius tit. quænam essent differentiæ inter posthumum præteritum, & inter filium iam natum præteritum, & in quibus conueniebant, & inter se æquiparabantur, quas de per vos in vnũ coaceruare potestis; & ex his sint absoluta notabilia.

Accipio nunc glos. 1. in verbo, institui, quæ in duas distribuitur partes, In prima ponit dictum; In secunda mouet quæstionem, & respondet.

Pro expeditione primæ partis dicitur in textu nostro, quod posthumi liberi vel instituendi sunt, 1
vel exhęredandi, glos. dicit quod per istam institutionem posthumum mihi hæredem instituo, videntur instituti non solum nascituri ex pręsenti matrimonio, sed etiam ex futuro, puta, quia testator post testamentum conditum superuixerit, & mortua prima vxore aliam duxerit, qua prægnante decesserit, videntur instituti ex institutione ista non solum posthumi ex prima nascituri, sed etiam ex alia vxore; allegat glos. ad hoc probandum text. in §. placet, & in l. ideoque, ff. de liber. & posth. vbi dicitur, si quis posthumum hæredẽ scribit, non vtique is solus posthumus scriptus videtur, qui ex ea quam habet vxorem ei natus est, vel is, qui tunc in vtero est, verum is quoque qui ex quacunque vxore nascitur; ideoque, qui posthumum hęredem instituit, si post eius testamentum factum mutauit matrimonium, institutus videtur qui ex posteriori matrimonio natus est; probatur ergo ex dictis iuribus, quod si testator posthumum sibi hæredem instituit, ista institutione videntur instituti non solũ nascituri ex pręsenti matrimonio, sed etiã ex futuro.

Sum modo in secunda parte, in qua glossa quærit, quid in exhæredatione posthumorum, si testator posthumum exhæredauerit, an omnes, siue ij qui sunt in vtero tantum, an alij qui sunt nascituri ex præsenti matrimonio, vel etiam ex futuro intelligantur exhæredati.

Respondet glo. quod non; & adducit rationem; quia posthumi masculi debent nominatim exhæredari, vt supra eod. §. versic. masculos; sed si viderentur exhæredari nasciturì ex alio etiam matrimonio, non essent exhæredati nominatim, quod esset contra textum in l. 3. §. nominatim, ff. de iniusto rupto.

300 Colligitur primo ex hac glossa, quod talis institutio posthumum mihi hæredem instituo, comprehendit non solum posthumos nascituros ex ea uxore, quam tunc habebat testator, sed etiam nascituros ex alia quam postea uxorem duxerat. Sed vt magis appareat veritas, ego distinguo hanc Conclusionem in duo capita. Primum est, an hæc institutio posthumum mihi hæredem instituo, comprehendat omnes post conditum testamentum natos filios, vel nascituros ex primo matrimonio, an verò solum primum. Secundum erit, an comprehendat posthumos ex ea vxore natos quam tunc habebat, an etiam ex futura vxore.

Quantum attinet ad primum DD. hic, & in l. placet, ff. de liber. & posthum. tenent quod non solum primus, sed etiam omnes post testamentum nati in illa institutione comprehendantur: quæ communis opinio probatur expressè ex d. l. placet; Secundo confirmatur: quia indefinita oratio æquipollet vniuersali, l. si pluribus, & ibi Barto. ff. de legatis secundo. sed indefinitè fuit à testatore posthumus institutus hæres, vndè perinde est ac si vniuersaliter omnem posthumum sibi hæredem instituisset.

Contra communem conclusionem plura maximi ponderis obstare videntur, quæ prosequitur Bellon. hic, & DD. in d. l. placet, &

301 Primò obstare videtur Regula iuris quæ habet, quod sermo simpliciter prolatus semper in primo actu verificatur, l. boues, §. hoc sermone, vbi etiam Alciat. ff. de verbo. signific. vbi hoc sermone, dum nupta erit, primæ nuptiæ significantur; Ad idem est text. in l. dotis promissione, ff. de iure dotium, vbi Barto. Hinc est, quod nos videmus, quod si bannito sit remissa securitas, intelligitur de prima vice, vt per Barto. in dicta l. quæ dotis, idem Barto, in l. 1. ff. ad legem Iuliam maiestatis. Item si quis vendiderit fructus alicuius vineæ, quæ bis in anno fructus producat, de primis tantum fructibus intelligitur, attenta dicta Regula, & in terminis hoc idem voluit Bald. in l. diuortio, §. quod in anno, ff. soluto matrimonio. sed indefinitè testator instituit posthumum, & simpliciter protulit illa verba posthumum hæredem instituo, ergo in primo tantum posthumo verificantur.

Sed defendendo communem opinionē, respondent Barto. Bellon. & alij, quod speciale est in casu isto, & fauore testamenti, Regula de qua suprà locum non habet; ita etiam dixit glos. fina. in prino. d. l. placet, aliàs si alij nascituri non censerentur instituti, testamentum rumperetur, & eorum destinate infirmaretur, vt inquit Imperator hic. Regula ergo procedit in non fauorabilibus; at hic nos sumus in fauorabilibus, ergo & hinc est, quod attento fauore, si alimenta uxori sint relicta, etiam futuræ vxori censentur relicta, vt per Alexandrum in consil. 71. lib. secundo. & si pater reliquerit filiæ suæ habitationem alicuius domus, casu quo vidua sit, debetur habitatio si quarto & quinto fuerit vidua; ita dixit & tenuit Paulus Florauantius noster, in secunda parte Centurial. suarum disputationum, conclusione 9. & per Anton. de Buttrio consil. 30.

302 Secundo respondetur vltra Doctores, quod tunc sermo simpliciter prolatus nunquam trahitur ad futura, quando per hoc resultaret magnum præiudicium; ita tenet Barto. per illum textum in l. penultima, C. quæ res pign. obliga. poss. notat idem Barto. in l. si stipulatus fuerim illud, §. primo, ff. de verbor. obligat. tradit Imola, in cap. literis, de rescript. Ias. in repetit. l. quo minus, num. 68. ff. de flumin. at in casu nostro nullum aut magnum resultat præiudicium, ergo in omnibus verificabitur dispositio.

Confirmatur etiam; quia tunc sermo simpliciter prolatus nō trahitur ad futura, verum est, quando essent futura insolita, l. si fistulas, §. fina. ff. de contrahen. emptio. l. Seio, §. medico, ff. de annuis legat. dixit Sebastia. Sapia. in l. precibus, num. 88. C. de impub. & alijs substit. at insolitum non est, quod quæstiones posthumi nascituri instituantur, immo solitum est, vt experientia testatorum nos docet, ergo cessat dicta Regula.

303 Secundo tamen contra d. conclus. facere uidetur id quod deducit Syluest. Aldobrand. hic, in addit, quia verba indefinitè à testatore prolata, semper referontur ad tempus conditi testamenti, l. si ita legatum, ff. de auro & arg. legato, vbi dicitur, quod si quis vxori suæ, vel alteri legauerit hoc modo; Vestem meam, vel argentum meum, vel seruos meos, damnas esto dare, id legatum videtur quod tempore conditi testamēti fuisset: quia præsens rerum tantum intelligeretur, adeò, vt si testator superuixisset, & alias uestes confecisset, vel alios seruos acquisiuisset, non censetur de ijs intellexisse; ità & hic, quando testator dixit, posthumum mihi hæredem instituo, ad illum tantum sunt referenda, qui erat in vtero tempore conditi testamenti, non ad alios postea natos.

Respondet Tobias, quod illa Regula l. si ita legatum, procedit, vbi aliter actus vere, vel præsumptiuè non constaret de mente testatoris, vt ibi dicitur, sed in casu nostro præsumendum est, quod si pater cogitasset plures sibi nascituros posthumos, eos omnes instituisset, quemadmodum primum instituit dictante pietate paterna, argum. l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. vbi si quis filium suum instituit hæredem, & grauauit eum, vt post mortem hæreditatem alteri restitueret, istud intelligi debet locum habere, si filius decedat sine hærede, ne videatur testator alienas successiones proprijs anteponere, ergo dicendum est, non ad eum tantum posthumum, qui tempore testamenti in vtero esset, referri,

sed

sed uniuersaliter ad omnes posthumos postea natos, cum simus præsertim in fauorabilibus, & ex parte testamenti, & filiorum simul, qui si essent prætetiti, illud infirmarent; vnde ne hoc sequatur, de omnibus posthumis intelligendum est.

304 Secundo respondetur, quòd text. in d.l. si ita legatum, habeat locum quoties dictum est: vestem meam lego, vel seruos meos, & sic quādo fuerit appositum illud adiectiuum, meus, quod colligitur, quatenus ibi inquit I.C. in eo casu intelligi iūrum de illis vestibus, quas habet testator tempore conditi testamenti, non autem de alijs: quia inquit hac demonstratione meom, præsens non futurum tempus ostenditur: secus verò, quando non fuerit appositum illud adiectiuum, sed simpliciter dixerit, lego vestes, tunc omnes vestes legatæ censentur, vt est text. in l. si quis ita, ff. de auro & arg. lega. Remanet ergo firma communis conclusio, quod si quis instituerit posthumum, omnes ex præsenti matrimonio instituti censeantur; Quæ quidem Conclusio pluribus modis ampliatur, &

Primò vt procedat non solum si testator posthumum sibi hæredem instituisset, sed etiam si ventrem hæredem scripserit, & plures ex eo ventre ex vno partu, vel diuerso nati fuissent, quia omnes instituit videntur; ita ampliauit Ias. in d. l. placet, ff. de lib. & posth. qui plures ad hoc citat; sed hæc ampliatio admodum est dubia, ea ratione, quia venter tunc appellatur in iure, quando mulier est prægnans, l. ventrem, ff. de acquiren. hæred. & per totum titulum, ff. de ventre in possessio. mittendo; & contrarium sequuti sunt Cuman. ibi, & Aretin. num. 3.

Secundo ampliatur etiam, vt per talem institutionem, posthumum mihi hæredem instituo, comprehendantur etiam filij adoptati, vel arrogati, qui dicuntur posthumi, licèt impropriè, vt supra audiuistis, & pro hac est text. quam allegat Aret. hic, in l. si quis posthumus, in princ. vbi glos. ff. de lib. & posthum.

305 Tertio ampliatur, vt hic per Viglium, vt procedat etiam in omnibus alijs, qui impropriè dicuntur posthumi, vt in nato post testamentum in legitimato, ingrediente Monasterium, et in alijs posthumorum speciebus, qui omnes licèt impropriè posthumi dicantur, omnes tamen sub posthumi institutione instituti cēseatur, cum etiam debeant hæredes institui vel exhæredati, secundum Ias. in Authent. si qua mulier, C. de sacrosf. eccles. & in Rubr. C. de posthum. hæred. instit.

306 Limitatur tamen ista Conclusio nonnullis modis, vt per DD. in d.l. placet, & in l. ideoque, ff. de lib. & posth. inter quas est hæc, vt non procedat in filijs naturalibus, tantum enim per talem institutionem naturales & legitimi instituti censentur, vt per Bald. in d. l. placet, per illum text. ibi, ex quacunque vxore, vnde secùs est, si nascatur ex ea quæ non sit vxor; Alias limitationes ponit Tobias hic, nu. 9.

Secunda est Conclusio ex secundo capite, cuius supra meminimus, per huiusmodi institutionem, posthumum mihi hæredem instituo, institutos etiam censeri posthumos nascituros ex alia vxore futura; Quam Conclusionem sequuntur communiter DD. in d.l. placet, vbi est text. clarus pro hac, & idem est in d. l. ideoque.

Ampliatur conclusio ista, vt procedat, etiam si testator instituat sibi hæredem ventrem vxoris suæ, nam eo casu etiam nati ex alia vxore quàm testator post conditum testamentum duxit, comprehenduntur in tali institutione. Probatur hæc ampliatio, argum. l. fin. C. de posth. hæred. inst. vbi non debet quis pœnam præteritionis sentire qui filios suos non præterijt, sed ille qui instituit ventrem vxoris, videtur voluisse eos omnes instituere, qui ex se & ex ventre uxoris suæ nati essent, argumento eorum quæ notantur in l. Gallus, §. uidendum, ff. de liber. & posthum. ergo omnes ij instituti uidentur, siue nascantur ex uxore quam testator habuit tempore conditi testamenti, siue ex ea quam postea duxit.

Secundo pro hac ampliatione mouetur Ias. in d.l. placet: uam testator instituendo uentrem vxoris suæ, censetur sibi posthumum hæredem instituere, l. posthumi, §. nominatim, ff. de iniusto, rupto, vbi nominatim exhæredatus posthumus videtur, ita dicatur: quicunque mihi nascetur, filius esto: venter exhæres esto, sed institutio posthumi omnes posthumos comprehendit, vt in d.l. placet, ergo.

307 Contrariam tamen opin. tenuerunt Paul. Castren. in d.l. placet, & Cuma. quos sequitur Aret. quod imò si testator instituit ventrem vxoris suæ, non comprehendantur in illa institutione nati ex alia vxore quàm postea duxerit testator, imò plus dicunt, quod nec etiam nasciturí ex ea uxore quam in præsenti habebat testator comprehenduntur, sed illi tantum qui tempore conditi testamenti in utero erant; Et mouentur: quia uentris appellatione in iure continetur uenter prægnans, l. prima, §. de inspiciendo, ff. de uentre in spiciendo, & per totum titulum, ff. de uentre in possessionē mittendo, ubi semper dum fit mentio de uentre, intelligitur de eo uentre qui prægnans est; sed in casu nostro testator instituit uentrem uxoris suæ, ergo ille tantum institutus est qui ex eo uentre fuerit, & non alius.

Sed defendendo d. ampliationem, respondetur, quod ideo in titulo, de uentre in possessionem mittendo, appellatione uentris continetur uenter qui prægnans est: quia si intelligeretur de uentre torsus facto prægnante, uōn esset factus prægnans ab eo de cuius successione agitur, cum is mortuus sit, uel ab uxore diuerterit, sed secùs est in casu nostro: quia licèt intelligamus non solum de eo uentre qui tunc est prægnans, sed etiam de alio qui semper est uenter uxoris suæ & prægnans ab eo, unde non obstat. Neque etiam obstat id quod dicebat Aretin. quod uerba non patiuntur, quod si testator uentrem uxoris suæ instituerit, etiam alij postea nati uel ex alia uxore comprehendantur: quia respondetur, quod immo uerba hoc patiuntur: nam ut statim diximus, qui uentrem uxoris suæ instituit, eos omnes instituisse uidetur de illius uoluntate, qui nati essent ex se, ex uentre uxoris suæ.

108 Tertia est Conclusio ex hac glos. in secunda eius parte, per exhæredationem posthumorum, videlicèt, si dictum sit: exhæredo posthumos, non comprehendi nec còtineri filios posthumos nascituros ex alia vxore ducta per testatorem post conditum testamentum. Quæ Conclusio communiter approbatur, tum per rationem glos. nostræ, tum etiam per Regulam d.l.boues, §.hoc sermone, ff.de verb.signif.

Contrariam opinionem tenuit glos. in d. l. placet, quod imò etiam comprehendat posthumos nascituros ex futuro matrimonio, sed illa glos. opinio communiter reprobatur, vt per DD. hic, & ibi;

Faber tamen hic conatur reducere ad concordiam istas duas glos. contrarias; aut enim inquit dictum fuit quisquis mihi filius natus fuerit, vel quicunque mihi filius fuerit natus, exhæres esto; & in isto casu etiam nascituri ex diuerso matrimonio censentur exhæredati; & in his terminis procedat opinio glos. in d.l. placet; aut verò fuit simpliciter dictum, exhæredo posthumum, & tunc non intelligitur de posthumis ex futuro matrimonio, & ita procedat glos. nostra hic: quia inquit Faber, quod magna est differentia an testator vtatur verbis geminatis, an simplicibus, cum geminatio plura operetur, & magnos producat effectus, vt per DD.in Rubr.ff.de verb.oblig.per text. in l.balista, ff.ad Trebell. l. si mulier, l. antiquæ, ff.ad Velleian.

Sed Ozer. inquit hic, nu. 14. quod hæc Fabri reconciliatio non potest sustineri: quia iam gl. nostram, quam in d.l. placet, loquuntur eodem modo, & in eodem casu, quando scilicèt fuit dictum simpliciter, exhæredo posthumum, & de ea exhæredatione loquitur glos. ibi.

109 Reijcitur etiam vltra Ozer. hæc concordantia; quia non est verum quod geminatio plurimũ operetur, d.l.balista, quia istud procedit, quando geminatio fit ex interuallo, non autem incontinenti; dant exemplum DD. in Rubr. ff.de verb. oblig.in pacto nudo ex interuallo geminato, quod producit actionem secundum opinionem communem ex vi geminationis, quod ita declaratur d. Regula vt habeat locum ex interuallo; dixit Bald. in l. legem, num. 13. C.de pact. vbi Alciat. num. 2. & Verius num. 125. declarauit etiam Bald. Nouellus in d. Rubr. ff.de verb.oblig. num.46. & 50. vbi Galliaula, num.78 Buttigella, in l. 1. ff.eod. num. 32. & Alex. num. 37. sed in casu nostro geminatio fuit facta incontinenti, ergo verior est conclusio glos. nostræ, quod sub illa posthumi exhæredatione non videantur exhæredati nati ex futuro matrimonio.

110 Ampliatur conclusio glos. nostræ, vt procedat etiam si plures nati sint posthumi ex eadem vxore, quia primus tantum exhæredatus censetur, argumento d.l.boues, §.hoc sermone, quæ regula licèt in institutione non procedat, procedit tamẽ in exhæredatione cum illa fauorabilis sit alia odiosa, l. cum quidam, ff.de liber. & posth. tenuit hanc Ampliationem Bald. in d.l. placet;

Angelus tamen in d. l. placet, tenet quod nullus censeatur exhæredatus, quam opinionem incidenter sequitur Tobias hic, num. 11. & hac ratione, quia posthumi pro virili sexu descendentes ita nominatim exhæredandi sunt, sicuti iam nati, l.3. in principio, ff.de iniusto, rupto, sed qui plures habet filios, si indefinitè filium exhæredet, nullus exhęredatus censetur, l.2. ff.de lib. & posth. ergo idem dicendum est, quando quis indefinitè posthumum exhæredet, & plures deinde habeat posthumos, quod nullus censeatur exhæredatus.

Sed ego existimo istud non esse verum: quia imò primus natus posthumus videtur exhæredatus, per d. regulam l.boues, §. hoc sermone. Nec obstat id quod de iam natis dicebatur; quia diuersa est ratio in casu isto inter iam natos filios & posthumos, nam cum filij sint iam nati, illa simplex exhæredatio non potest verificari in primo cum iam omnes nati sint, secùs in nascituris: quia in primo verificabitur, qui enim primo natus est posthumus, dicitur exhæredationem impleuisse, quod probatur etiam in d.l. placet, §. nominatim, ff.de iniusto, rupto, vbi dicitur, quod si testator indefinitè ita dixerit, posthumus meus exhęres esto, ista dicitur exhęredatio nominatim facta, & ideo si nascatur, testamentum non rumpitur, cum inueniat se exhæredatum.

111 Limitatur modo per Ioannem Fabr. hic, non procedere, quando exhæredatus fuit per hæc verba: quicunque mihi posthumus natus fuerit, exhęres esto: tunc enim si vnus nascatur posthumus, siue plures, siue ex vna vxore, siue ex pluribus, omnes censentur exhæredati, per istud verbum (quicunque) quia verbum istud multum secundum Fabr. operatur. & per Tobiam hic, nu. 11. per text. in l.in substitutione, ff.de vulg. & pupilla.

Secundo limitatur, si dictum fuerit: exhæredo meum posthumum; nam si vnus est natus, tantum siue natus ex futura vxore, siue ex prima, semper intelligitur exhæredatus, arg. l.2. à contrario sensu, ff.de lib. & posthumis.

Sed animaduertatis, quod istę non sunt propriè limitationes, cum non sint de Regula, sed loquantur in alijs casibus, Conclusio enim nostra loquitur tantum simpliciter, &c.

112 Accipio glos. in verbo, rumpitur, quæ diuiditur in duas partes, in prima ponit dictum; In secunda dicit illud hodie correctum; secunda est ibi, hodie verò. Pro expeditione primę partis dicitur in textu, quod si posthumus fuerit præteritus ipsius natiuitate testamentum rumpitur, glos. dicit istud esse verum, vt inquit text. si fuerit præteritus, si verò exhęredatur posthumus, agebatur de inofficioso, & sic impugnabatur testamentum querela inofficiosi testamenti, J. de inoffic. test. vbi posthumi quoq; qui nullo alio iure venire possunt, de inofficioso agere possunt, & intelligitur de exhæredatis, vt etiam declarat ibi gl. ergo exhęredati posthumi accusant testamentum patris tanquam inofficiosum.

In secunda parte glos. istud inquit esse correctum, quia posthumi exhæredari non possunt, vt C. de inoffic. testam. l. si quis, §. legis, vbi Iustinianus corrigit legẽ antiquam, non permittentem matri filiũ in potestate exhæredare, nisi odio patris, vnde ipse vult, vt amplius hac causa infans à matre

exhære-

exhæredari non possit, cum nemo debeat alieno odio prægrauari, & satis inhumanũ sit, qui nihil sentit ingratũ existimari; patet ergo ex eo textu, quod sicuti insana ex quo ingratus existimari non potest, non potest etiam exhæredari, vndè, multò minus posthumus exhæredari poterit, cum ipse ne minimam quidem ingratitudinis causam committere possit. Ex qua glosa

113 Prima elicitur conclusio, quod olim exhæredatus posthumus poterat agere querela inofficiosi; Quæ conclusio verissima est, & probatur in dicto §. posthumus, supra de inoff. testamento, cum alijs concordantibus.

Secunda colligitur conclusio, hodie posthumũ exhæredari minimè posse, argum. d. l. si quis in suo, §. legis, C. de inoff. testam. & ratio est: quia hodie nullo modo valet exhæredatio, nisi fiat cum causa legitima, quæ sit vna ex illis quatuordecim enumeratis in d. Authen. vt cum de appella. cognosc. §. aliud quoque, & §. causas.

Sed dubium est, vtrum istud quod hodie posthumos exhęredari non possit, verum sit inspecto iure Codicis, vel iure nouissimo Authenticorum.

Gl. hic tenet quod de iure Codicis non licebat patri posthumum exhæredare, per text. in d. l. si quis, §. legis, si ergo de iure Codicis infans exhæredari non poterat, tanto minus non poterat exhæredari posthumus.

Contrariam tamen opinionem, quod imò iure Codicis liceret posthumum exhæredare tenuerunt DD. communiter, vt de communi testatur Tobias hic, de communi testatus est illam sequens Ballionus de Nobilibus, in Auth. ex causa, num. 37. de liber. præter. Eandem tenuit glos. in l. posthumo, C. de contratab. Quæ communis opinio probatur ex l. maximum vitium, in fine, C. de lib. præter. vbi Imperator statuit eadem iura obtinere etiam in posthumis exhęredandis, quæ in iam natis obseruantur.

114 Sed difficultas est respondere ad d. l. si quis, §. legis, C. de inoff. testa. nam in primis respondet Port. hic, quod loquitur in matre, nos quærimus de patre; ratio differentiæ inter patrem & matrem est: quia idcirco hoc patri permittitur, vt formæ iuris satisfiat, quæ vult, vt hæres suus, vel instituatur, vel exhęredetur, vt supra diximus in princ. huius tit. matri verò non permittitur: quia non est supposita d. formæ institutionis vel exhæredationis, §. fin. infra eod. tit. nostro, quam responsionem sequitur Zucchard. in d. l. posthumo, num. 61. est ergo vera communis conclusio, quod posthumi de iure Codicis possent exhęredari reiecta opinione glos. nostræ. An autem de iure nouissimo hoc fuerit correctum, videbimus in glos. fin. vbi est suus locus.

115 Accipio Glosellam in verbo, infirmatur, quæ addit ad text. nostrum, dum in eo dicitur, quod natiuitate posthumi præteriti totum testamentum infirmatur id quod est in l. si filiusfamil. ff. de milit. test. vbi ponuntur duo casus notabiles, vnus, si filiusfamilias testatur & pręteream posthumum sibi nasciturum, si postea ei nascatur posthumus, mortuo patre suo, testamentum rumpitur, nisi postea in eadem uoluntate perseuerauerit; Et ratio huius decisionis est, quia posthumus natus est in sui potestate: vndè, cum inueniat se præteritum, ideo eo ipsius natiuitate testamentum rumpitur; & quo ad istum casum idẽ est quod in alio, qui non sit miles.

Secundus est casus illius legis, quod si filiusfamiliàs miles testetur, & prætereat posthumum sibi nasciturum, qui postea nascatur viuo adhuc Auo, illud testm̃ natiuitate posthumi non rumpitur; & ratio est: quia non est in potestate patris sui viuente Auo, sed ambo ille & pater suus sunt in potestate Aui; Item non rumpit testamentum Aui si in eo fuisset præteritus: quia licèt sit in ipsius potestate Aui, non tamen nascitur suus hęres Auo, quia pater miles eum præcedit in gradu; & ita addendi sunt isti duo casus ad tex. nostrum; Quę autem differentia sit inter militem & paganum, si posthumus ab eis fuerit pręteritus, ponitur in textu in d. l. filiusfamiliàs, ff. de mil. testam. si enim miles posthumum sibi nasciturũ prętereat, natiuitate ipsius posthumi rumpitur quidem testamentum, sed si postea miles in eadem voluntate perseuerauerit, reconualescit testamentum, & videtur miles de nouo aliud fecisse: quod quidem non est in pagano, si enim paganus posthumus sibi nasciturum pręterijt, testamentum rumpitur natiuitate ipsius, nec postea reconualescit, nisi aliud postea fecerit testamentum, intelligendo tamen nisi viuo eo moriatur posthumus, vt in d. l. posthumus, ff. de iniust. rupto.

116 Glos. in verb. abortum, propter eius breuitatem non diuiditur; Pro ipsius expeditione dicitur in textu, quod si mulier faciat abortum, testamentum nõ rumpitur. glos. reddit rationem: quare abortiuus posthumus non rumpit testamentum, quia pro nato habetur, l. qui mortui, ff. de verbor. sign. vbi qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt. Facit etiam text. in l. vxoris abortu, C. de posthum. hęred. instit. vbi dicitur: qui vxoris abortu, testamentum mariti non soluitur, abortiuus ergo non rumpit testamentum.

Ex qua glos. colligitur, quod qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur; Quæ conclusio intelligitur quo ad natiuitatem verè & propriè; quod verò ad procreationem pertinet, impropriè & fictè: nam qui mortui nascuntur, licèt reuera non sint nati, tamen sunt procreati, sed quo ad effectum non videntur procreati, sicuti aliàs supra.

Glos. in verbo, personę, declarat tex. dum in eo dicitur, quod fœminę seu personę fœminini sexus inter cęteros exhęredari poterant, dum tamẽ eis aliquid legaretur, inquit Accurs. intellige de posthumis, secùs est in iam natis fœminis: nam illę poterant præteriri, quamuis eis aliquid non legaretur, vt supra diximus in princ. huius tit. vbi etiam posuimus diuersitatis rationem.

117 Capio nunc glos. finalem in verbo inter cęteros, quę diuiditur in duas partes, in prima, quod omnes personę nominatim sunt exhęredandę, in secunda quęrit quid iuris sit in posthumis; et dicit quod nõ, ratio est, quia non sunt hodie ingrati.

Ex hac glos. colligitur, quod de iure Códicis omnes filij siue nati, siue posthumi, erant exhęredandi; concordat l. maximum vitium, in fine, C. de lib.

lib. præter. & diximus s. in glos. in verbo rumpitur.

Secunda est Conclusio de iure nouissimo Authenticorum, filios posthumos patrem vel auum exhæredate non posse, est enim iure nouissimo prohibita posthumi exhæredatio, cum non sint ingrati; Quæ conclusio communiter est approbata; de communi testatus est Decius in l. posthumo, C. de bon. poss. contra tab. num. 6. in 1. lectura, & in vltima, num. 2. de communi testatur Zucchard. ibi, num. 29. Quæ

Probatur: quia secundum nouissimum ius Authenticorum debet ingratitudinis causa inseri in testamento, §. aliud quoque capitulum, in Authent. Vt eum de appell. cognosc. Auth. non licet, C. de liber. preterit. & certum est, quod posthumus non potest committere causam ingratitudinis, vt inquit glos. fin. in l. fin. C. de liber. preterit. quæ glos. communiter recipitur, vt per Decium in vltima lectura, num. 2. d. l. posthumo, dixit idem Decius in cōs. 159. & Aret. in cons. 29. vndè, si in posthumo non potest considerari causa ingratitudinis, ergo.

118 Contrariam tamen opin. attentare ausus est Fulgos. in d. l. si quis, C. de inoff. testam. quam sequutus est deinde Alciat. lib. 4. Paradoxorum, cap. 10. qui mouentur: quia iure veteri ff. orum erat specialiter introductum, vt posthumus sine causa posset exhæredari, ergo lex noua quæ deducitur pro opin. cōmuni generaliter disponit, quod autem exhæredatio fieri minimè possit absque insertione, non comprehendit exhæredationem posthumi, glos. in l. sciendum, in princ. & ibi Bart. ff. qui satisd. cog. vbi dispositio generalis non includit casus in specie priuilegiatos.

Sed tuiando opi. cōem, respondetur, non esse verum quod in exhęredatione posthumi esset antiquiori tēpore spacialiter concessum exhæredationē procedere sine causa, cum illa tunc fieret ex causis multis, quæ non concernebant ingratitudinem, vt in l. fin. in princ. ff. de bon. damnat. & text. in d. §. aliud quoque capitulum, dicit, quod antiquitus erant aliquæ causæ quæ non sunt visæ dignæ ad ingratitudinem, ergo non obst.

Secundo respondetur, quod ille §. aliud quoque capitulum, introducit de nouo, quod causa inferatur, vt voluit glos. in l. omnimodò, in vers. dixisset, de inoffic. testam. quasi quod exhæredatio fieret, cum causa esset antea introducta, quod etiam voluit glos. in d. §. aliud, in ver. nominatim, in fine, ergo non debet dici, quod nō includat posthumi exhęredationem, quæ non reperiebatur specialiter priuilegiata in hoc, vt non deberet inseri causa, prout etiam in terminis ita saluando cōmun. opin. animaduertit Zucchard. in d. l. posthumo, nu. 29. C. de contrarabul.

119 Secundo mouebatur Alciat. pro hac opin. contra communem, quia certum est, quod etiam olim non poterant inspecto iure ff. orum filij nisi ex quibusdam causis exhęredari, sicuti etiam hodie; text. est in l. cum ratio, ff. de bon. damnat. vbi naturalis ratio liberis parentum hæreditatem adijciebat, vel vt ad debitā successionem eos vocando, propter quod iure ciuili suutum hęredum nomē eis datum erat, ac ne iudicio quidem parentum nisi certis de causis submoueri ab ea successione poterant; Cum igitur iure ff. orum etiam inspecto, non potuissent filij nisi ex quibusdam causis exhæredari, & tamen iure illo poterant posthumi exhęredari, l. 8. in prin. ff. de iniusto, rupt. ergo hodie quoque exhæredari poterunt.

Respondet Tob. hic, quod licèt olim non nisi ex certis causis filios exhęredare licuerit, illę tamen causę etiam posthumis ascribi poterunt, & hinc est quod olim alieno odio liberi exhęredabantur, d. l. si quis, §. legis, C. de inoff. testam. sed hodie cum Iustinianus resecuerit illas causas, & solum quatuordecim esse voluerit, in § aliud quoque capitul. cum §. sequenti, & hę causę cum posthumis ascribi minimè possint constat, quod non potest dici amplius posthumum exhęredari posse, cum illas causas committere non possit.

120 Tertio opponitur & vltimo, cōtra opin. comm. quia licèt hodie nemo possit nisi cum causā exhęredari, vt volunt DD. communiter, in d. Auth. non licet, C. de lib. preterit. tamen potest inueniri etiam causa ingratitudinis in posthumo, ex qua legitimè exhæredari possit, vt si pater in lęsę maiestatis crimen inciderit, poterit enim Auus ex hac causa nepotem nasciturum exhęredare, vt volunt Alexand. & Ias. in d. Auth. non licet, C. de lib. preterit. ergo etiam posthumus exhęredari poterit.

Respondetur, quod loquimur de ea exhęredatione posthumi, quę si facta non fuisset, nascens posthumus paternum rumpit testamentum, sed in casu illo si posthumus ab Auo preteritus fuerit, ipsius natiuitate testamentum non rumpit, vt per Bart. in d. Auth. non licet, C. de lib. preterit. ergo casus ille non pertinet ad terminos quęstionis nostrę, prout etiam animaduertit Tobias hic, num. 13.

Concludimus ergo, quod hodie iure nouissimo Authenticorum non possunt posthumi à parentibus exhęredari, licèt secus esset de iure antiquo ff. orum, necnon etiam de iure Codicis. Et ex his sit finis impositus huic §.

REPERT. AD §. POSTHVMORVM, De exhæred. liber.

4 *Aliud est esse tale, aliud haberi pro tali. Hęc regula declaratur procedere in his quæ sunt facti, non autem iuris. num. 6 & ratio.*

6 *Aliud est esse ciuem, aliud haberi pro ciue, secundū Port. quod dictum per nos reprobatur.*

2 *Ea quæ sunt facti, non possunt à lege tolli.*

10 *Ea quę euenire possunt sunt inspicienda.*

2 *Facti species.*

6 *Factum infectum reddi non potest.*

14 *Fœmina non tenentur filios suos exhæredare vel instituere, & ratio. Et hoc procedit de iure antiquo, secus de iure hodierno.*

22 *Gallus Aquilius an induxerit ius nouū circa posthumos instituendos, vel exhæredandos, & communis est opinio quod sic; nos autem contra sententiam defendimus, num. 23.*

12 *Glos. in verbo, Agnoscendo.*

13 *Glos. in verbo, Parentibus.*

15 *Glos. in verbo, Necesse.*

18 Glos. in verbo, Eo viuo.
21 Glos. in verbo, Velleia.
5. Idem est esse tale, & haberi pro tali, & regula procedit in ijs quæ sunt iuris, non autem facti.
10 Id quod euenire potest inspici debet.
20 Institutio vel exhæredatio nepotum est necessaria, declaratur ibi, & num. 17.
24 Lex Velleia inducens nepotes instituendos esse vel exhæredandos, non habet locum in testamentis fœminarum.
24 Mater de iure hodierno tenetur aut filium instituere, aut eum exhæredare, secùs de iure antiquo.
26 Necessitas est triplex, præcisa, causatiua, & honestatis.
16 Necessitas præcisa quæ sit, exemplis declaratur.
17 Necessitas causatiua quæ sit.
17. Necessitas honestatis quæ dicatur.
19 Nepotes succedentes in locum patris sui, post mortem aui, non rumpunt testamentum, & ratio ibi ponitur.
7 Nepos filio viuo non tenet iura suitatis.
8 Nepos succedit in locum filij, quando agitur de successione aui vel patrui, vel amitæ, vel matertera in feudis, & in emphiteuti.
8 Nepotes veniunt substituto vacante proximiores.
9 Nepotes non subintraut in locum filij in successione transcendentium.
4 Nepotes sunt loco posthumorum, & ideo sunt instituendi vel exhæredandi.
4 Nepotes impropriè dicuntur posthumi.
4 Posthumorum loco sunt nepotes, & ideo sunt exhæredandi & instituendi.
6 Quæ sunt facti à lege tolli non possunt.
10 Quæ euenire possunt inspicienda sunt.
3 Reipublicæ interest vt suprema hominum iudicia suum sortiantur effectum.
1 Summarium huius textus.
Testamentum quando rumpitur per præteritionem Nepotum. num. 10. 17. & 20.

1 

OMISSIS his quæ præludiorum causa essent præmittenda, & de lege Velleia, & de lege Galli Aquilij, cum de his omnibus latè tractauerimus in §. præcedenti, ideo ad ipsius textus explicationem accedentes.

Diuidimus textū istum in tres partes secundum DD. in prima ponitur dictum, in secunda illius dicti exemplum, in tertia & vltima ex eo dicto infertur; Secunda est ibi, ecce. Tertia ibi, & ne ergo.

Summatur in hunc modum. Nepos ex filio qui moriente patre viuo Auo succedit in locum eius, cum pro posthumo habeatur, institui vel exhæredari debet ex lege Velleia, ne præteritus rumpat testamentum.

2 Facti species ita effingi potest. Sempronius testator filium habebat, & ex eo nepotem, condidit testamentum, & in eo instituit sibi hæredē filium, nepotem verò ex filio præterijt, qui filius hæres institutus, viuo adhuc testatore decessit; Quærebatur, nunquid Nepos præteritus rumperet testamentum ad similitudinem posthumi? & ideo ad hoc vt testamentum non rumperet, hęres institui deberet, aut nominatim exhæredari. Et pro ratione dubitandi videbatur dicendum, quod non deberet hęres institui aut exhæredari, imò, quod non posset si voluisset; & dubium faciebat, quia licèt posthumus suus institui possit vt supra in præcedenti §. tamen alienus institui non potest, §. posthumo quoque alieno, & ibi glos. infra, de legat. & in princ. Infra, de bon. poss. vers. nam si alienus: sed huiusmodi nepos licèt posthumi loco sit, est tamen alienus posthumus, cum tempore conditi testamenti, licèt sit in potestate, non tamen obtinet primum gradum, sicuti necessariò requiritur ad hoc vt dicatur posthumus suus, sicuti nos docuimus in euidentialibus ad §. posthumi, sunt enim verificandæ illæ duæ qualitates, quod sit in potestate, & habeat primum locum, §. sui, infra, de hæred. qualit. & differ. ergo.

3 Quibus tamen minimè obstantibus, cōtrarium respondisse Iustinianum patet, scilicet debere huiusmodi nepotem institui vel exhæredari, ne præteritus rumpat testamentum, ratio decidendi potest esse, vt in tex. dicitur, ne præteritus rumpat testamentum. Ratio rationis est, propter ipsorum testamentorum fauorem, publicè enim interest, vt supremæ hominum voluntates effectum sortiantur, l. 1. C. de sacros. eccles.

Nec obstant in contrariō deducta: nam respondetur, illud procedere ex dispositione iuris antiqui, videlicèt ex l. 12. tab. secundum commun. opin. licèt contrarium secundum nos verius sit, vt supra explicauimus in §. posthumi, cum esset persona incerta, vt tradit Fortun. in l. Gallus, num. 1. & Salomon. nume. 2. & personæ incertæ institui non possint, §. incertis, infra, de legat. Decisio autem tex. nostri loquitur secūdum dispositionem legis Velleię, vt inquit Imperator hic.

Facti specie absoluta, ex hoc text. plura notant Doct. &

4 Primo, quod ille qui quasi agnascendo in suorū hæredum locum succedunt, vt sunt nepotes qui patre sublato de medio, vel per mortem, vel per emancipationem subintrant in locum patris, posthumorum loco habentur. ita notant Aret. & alij hic. 5 Concordat text. in l. posthumorum loco, ff. de iniusto rupt. vbi eademmet verba ponuntur.

Vndè sequitur, quod cum habeantur loco posthumorum secundum Aret. & Port. quod impropriè dicantur posthumi, nam aliud est esse tale, aliud haberi pro tali, l. mercis appellatione, ff. de verb. signific. Facit tex. in l. si maritus, la 2. §. 1. ff. ad l. Iul. de adulter. vbi dicitur, quod absentes non deferuntur inter reos accusatos de crimine adulterij, dum sunt absentes, quid autem si aliquis sit præsens inquit ibi text. habetur tamen pro absente, l. 1. ff. de arbitr. dixit Ias. in l. si is qui pro emptore, ff. de vsucap. & in l. cętera, §. sed si parauerit, num. 23. ff. de leg. 1.

5 Sed contra hoc not. opponi potest, quod immo idem sit esse tale, & haberi pro tali, per text. in l. patris & filij, ff. de vulg. substit. iuncto §. igitur, infra, de pupill. subst. dicitur in l. patris, quod patris testamentum, & pupillare pro vno testamento habentur,

bentur, in §. igitur, dicit Imperator, quod licèt videantur duo testamenta, tamen re vera vnicum est testamentum, ergo argumentando à combinatione legum, quod argumentum valet, l. Gallus, §. illa casus indifficilis, de lib. & posth. Euerard. in sua Centuria, in loco à coniunctione duarum legum, datur intelligi idem esse tale, & haberi pro tali, cũ id quod vno loco dicitur haberi pro tali, in alio loco dicatur propriè, & verè esse tale.

6 Respondetur, quod Regula quæ habet, quod aliud est tale, aliud haberi pro tali, habet locum in his quæ sunt facti, non autem in his quæ sunt iuris, vt per Bart. in d. l. si is qui pro emptore, nu. 34. vbi Ias. & alij, de vsucap. dixit idem Bart. in d. l. si maritus, ff. de adulter. sed nos sumus in his quę sunt facti, nam esse posthumum, & non esse, est quid facti; vndè oppositio loquitur in his quæ sunt iuris: nam cum testamentum à iure gentium vel à iure ciuili sit adinuentum, nun mirum si non habet locum Regula illa.

Ratio diuersitatis est, quia ea quæ sunt facti non possunt à lege tolli, cum factum infectum reddi non possit, l. in bello, §. facta, ff. de capt. & postlim. reuers. & ideo malè loquutus est Port. hic, dum ait, aliud est esse ciuem, vel haberi pro ciue, cum esse ciuem, vel haberi pro ciue, sit quid iuris, l. ciues, C. de incol. lib. 10. vt per Bell. hic, in primo not.

7 Secundo noto ex mente Aret. quod si quis habet filium, & ex eo nepotem in potestate, solus filius obtinet iura sui hæredis, non autem nepos, licèt sit in potestate, quia ad hoc vt quis suus hęres dicatur, requiruntur duo. Primum, quod sit in potestate, alterum, quod obtineat primum gradum, §. sui, de hered. qual. & diff. sed iste nepos licèt sit in potestate, non tamen obtinet primum gradum, quia pater eum præcedit in gradu, & illum occupat, ergo non potest dici suus hæres Auo, patre suo viuo. Concordat d. l. posthumorum, ff. de iniust. rupt. secùs autem esset si esset nepos ex filio præmortuo: nam ipse subintrando in locum patris sui, diceretur suus hæres Auo, sicuti alius filius viuens, ita, ꝙ deberet institui aut exhæredari, aliàs rumperet testamentum.

8 Tertio notatur ex illis verbis, nepos, neptisve, ꝙ nepos succedit in locum filij, & sic filius in locum patris mortuo ipso patre; quod notab. intelligitur non solum quoties agitur de successione Aui, sed etiam quando agitur de successione patrui; ita ampliatur per Bart. in Auth. post fratres, C. de suis & legit. traditur per Alex. in cons. 44. lib. 5.

Item ampliatur vt habeat etiam locum in matertera, & in amita, quia & ipsę sunt sicuti patruus in tertio gradu. dixit Dec. in cons. 553. par. 2.

Tertio ampliatur, vt procedat etiam in fideicommissis, in quibus filius succedit in locum patris, & vnà cum patruo ad fideicommissum admittitur, secundum commun. opi. de qua testatur Philippus Portius in suis conclus. lib. 5. conclus. 33.

Quarto ampliatur procedere etiã in feudis, in quibus filius succedit in locum patris, cap. 1. §. si verò, de gradib. successionum in feud. dixit Aret. & Fab. in §. cum filius, infra, de hæred. quę ab intest. deferuntur.

Quinto ampliat. in emphyteusi, vt per Tiraquel. in tracta. de iure primogenitorum, quæst. 40. nu. 19. & num. 185.

Sexto & vltimo ampliatur, vt procedat etiam stante statuto, quo cauetur, quod vocentur proximiores; ita ampliauit Dec. in d. cons. 558. nu. 2.

9 Primo limitatur, vt non habeat locum, quando ageretur de successione alterius transuersalis, præter eos qui sunt in tertio gradu, videlicèt præter patruum, auunculum, amitam, & materteram: nam tunc in aliorum transuersalium successionem filius non succedit in locum patris sui, vt per Bart. in d. Auth. post fratres, C. de legit. hęred. vbi Salic. et per Fabr. in d. §. cũ filius, in quinta opp. dixit Philipp. Port. in d. Conclus. 33. in secunda limitat.

Secundo limitatur, vt filius succedat in locum patris vsque ad trinepotem, & non vltià, ita limitauit Faber in d. §. cum filius, & Aret. etiam ibi dixit, in tertio notab. & idem Aret. in §. multis, infra, de success. libert. sed hæc limitatio communiter reprobatur: nam etiam vltrà trinepotem procedit, secundum opinion. magis receptam & cõmunem, de qua testatur Ias. in d. §. multis, quã plures etiam super sunt limitationes quas recenset Philipp. Port. in d. concl. 33. ad cuius notata vos reijcio.

10 Quarto notatur ex mente Aret. consilium legis esse, vt inspiciamus, quod euenire potest, & prouideamus casibus possibilibus, vndè, quia possibile est, quod filius moriatur, vel exeat de potestate viuo patre, l. nam & si parentibus, ff. de inoff. testam. ibi, turbato tamen ordine mortalitatis, nepos intrando in iura suitatis, rumperet testamentum, vt præteritus, bonum est quod Auus instituat d. nepotem, & ita non solum debet filium suum sibi hæredem instituere, sed nepotem etiam quem ex eo habet si contigerit filium desinere hæredem esse, vt in text. dicitur, concordat text. in d. l. posthumorum, ff. de iniust. rupto.

Sed opponitur contra hoc not. quod imò non sit necessaria nepotis institutio, cum etsi non fuerit institutus, testamentum non rumpatur, sed datur eis ius accrescendi vsque ad certam portionem, vt supra in princ. vers. sed non ita.

Respondetur, quod illud olim procedebat ante legem Velleiam latam, secùs post eius promulgationem, de qua in l. Gallus, §. videndum, ff. de lib. & posth. & de illius dispositione diximus in §. præcedenti.

11 Quinto notatur, quod si neptis ex filio non fuerit hæres instituta in testamento vel exhæredata, & filius desierit esse suus hęres testamentum rumpitur, vt hic, & in d. l. posthumorum.

Sed contra hoc not. opponi potest de text. supra eod. titulo in princ. vbi expresse dicitur, quod si filia testatoris non fuerit hæres instituta vel exhæredata, non rumpit testamentum, vt ibi, ergo minus rumpet præterita neptis: nam plus conceditur filio in bonis patris, quàm nepoti in bonis Aui, argum. l. suus quoque, in princ. de hæred. instit.

Huic difficultati plures accommodantur solutiones de quibus per Tobiam hic, num. 6. vera solutio est, vt dicamus, quod §. noster loquatur in spe cto antiquo illo iure, quo filij necessario institui non debebant, sed in specto legis Valleiæ iure, qua lege

lege deinde fuit introductum, quod ipsa neptis debeat instituui, aliàs rumpit testamentum, quod patet esse verum, nam in princ. dicitur, quod nepotes pręteriti non rumpunt testamentum, in tex. nostro totum contrarium disponitur, & sic non obstat; Et hanc solutionem sequitur Bellon. hic.

Sexto & vltimo notandum est secundum Aret. ibi, non iure faciat, quod qui non instituit, vel nominatim non exhæredat futurum suum hæredem, non iure facit testamentum, & sic ipso iure non valet; Concordat tex. supra in princ. huius tit. & in l. 1. in princ. ff. de iniust. rupto.

12 Explicatis notabilibus deuenio nunc ad apparatum Glossatum, & omissis quibusdam glosellulis, quæ nihil habent, capio glos. in verb. agnascendo, quæ diuiditur in duas partes, prout dupliciter exponit text. secunda est ibi, vel dic.

Pro expeditione primæ partis dicitur in text. posthumorum loco sunt & ij, qui in sui hæredis locum succedendo quasi agnascendo fiunt parentib. sui hæredes; quæro, quomodo dicantur istæ personæ ad similitudinem posthumorum agnasci? declarat glos. dicendo subtus vel postea nascendo, sicut posthumus verus: quia ista talis persona quæ dicitur quasi agnasci, non verè nascitur, cum nata sit, vt supra, de adopt. §. 1. vbi dicitur, Imperio magistratus adoptamus eos, easve quiq; in parentum potestate sunt, siue primum gradũ liberorum obtinent, qualis est filius & filia, siue inferiorem, qualis est nepos neptisve, pronepos proneptisve, ecce ergo quod nepotes qui iam sunt nati possunt tamen adhuc quasi agnascendo ipsi Auo fieri hæredes.

In secunda parte glos. alio modo exponit verbũ agnascendo, dicit enim vel dic agnascendo, idest incipiendo esse agnati, quo ad effectum succedendi, quasi sentiat glos. quod nepotes ante mortem patris non dicuntur esse agnati Auo.

Sed ista expositio nõ est bona, quia & ante mortem patris nepotes dicuntur Auo agnati esse, etiam quo ad succedendum, repudiante enim filio nepotes admittuntur, vt infra, de legit. agnat. success. in princ. tamen melior est expositio primo loco tradita.

13 Glos. in verbo parentibus, diuiditur in duas partes, in prima exponit text. in secunda affert rationem illius expositionis. Secunda est ibi, nam testamentum.

Pro expeditione primæ partis dicitur in tex. quod posthumorum loco sunt & ij qui in suorum hæredum locum succedendo, quasi agnascendo sunt parentibus suis hæredes, quia scilicet & ipsi quemadmodum posthumi debent hæredes instituui, aut nominatim exhæredari, quæro vnà cum glos. de quibus parentibus intelligat text. noster? & respondet glos. quod intelligitur de parentibus masculis.

In secunda parte glos. reddit rationẽ quare intelligatur text. noster de parentibus masculis, & non de fœminis, nam testamentum fœminæ non rumpitur inquit glos. per legem Velleiam, vt ff. de lib. & posth. l. Gallus, §. nunc de lege Velleia, cum. n. lex Velleia induxerit quod etiam nepotes instituantur vel exhęredentur, casu quo pater eorum fuisset subductus de medio, tanquam sui hæredes non rumperent testamentum, fœminæ autem non habebant necesse instituere nepotes ex filio, casu, quo filius fuisset subductus de medio, vt dicitur ibi, debebant igitur solum virilis sexus personæ, non autem fœminini nepotes ex lege Velleia sibi hæredes instituere, aut exhæredare, ad hoc, vt nepotes per mortem patris succedendo in sui hæredis locum, testamentum non rumperent.

14 Colligitur ex hac glos. quod lex Velleia inducẽs debere nepotes instituui vel exhæredari, non habet locum in testamentis fœminarum, quàm conclusionem sequuntur DD. communiter hic, & in d. l. Gallus. Quæ conclusio confirmatur tali ratione: nam lex Velleia ex eo fuit introducta, ne nepotes in locum suorum hæredum succedẽtes rumperent testamentum, vt in tex. nostro dicitur: sed fœminæ suos hæredes non habent in potestate, ergo in testamentis fœminarum non loquitur lex Velleia.

Ratio quare fœminę non teneantur liberos suos hæredes instituere, vel exhęredare est, quia præteritio matris habetur pro exhæredatione, vt est text. in §. fin. infra eod. tit. nostro, & l. illud, §. ad testamenta, ff. de bon. poss. contra tab. vbi dicitur, quod bonorum possessio contra tabul. non datur contra testamenta fœminarum, & glos. ibi adducit rationem: quia præteritio matris habetur pro exhæredationa, sed exhęredatis non datur cõtra tab. l. non putauit, in princ. eod. tit. ergo non potest locum habere contra tabulas, quæ non datur exhęredatis, sed præteritis in testamentis fœminarum: nam per querelam inofficiosi testamenti testamẽtum irritatur, vt dicit gl. nostra allegans tex. in l. 3. C. de inoff. test. facit etiam tex. in §. mater, infra eod. tit. nostro. Sed hęc quę in matre intelliguntur, procedebant olim; hodie tamen inspecto iure nouissimo Authenticorum, debet mater filios suos hęredes instituere, vel iusta causa inserta exhęredare, vt colligitur ex Bart. & alijs, in l. Gallus, §. nunc de lege Velleia, ff. de lib. & posth. aliàs testamentum erit nullum, vt est text. in §. aliud quoque capitulum, in Auth. vt eum de appell. cognosc. qui text. loquitur de vtroque parente.

15 Glos. in verbo, necesse, propter sui breuitatem non diuiditur, solum enim exponit tex. in verbo, necesse, pro cuius absolutione quęro, cum dicatur in textu, quod pater necesse habet nepotem neptemve ex filio hæredem instituere, vel exhæredare, quęrit Accurs. quæ necessitas imponatur patri, vtrum causatiua, vel pręcisa? & respondet glo. quod intelligitur de causatiua, l. penul. §. quæ in filium, C. de adopt. vbi inducitur de nouo per Iustinianũ, quod si filius datus fuerit in adoptionẽ auo materno, vel proauo paterno, nõ potest molestare successionem patris sui naturalis, sed tantum spem dirigere ad adoptiui sui patris successionem, ita demum, si ab adoptiuo patre non fuerit emancipatus: quia tunc potest reuerti ad successionem sui patris naturalis. Item inducitur per Iustinianum ibi, quod si filius datus fuerit in adoptionem extraneæ personæ, non potest à successione naturalis patris repelli, sed pater necesse habet eum vel hæredem instituere, vel exhæredare. Hoc stante, dicitur in §. quæ in filio, quod id quod inductum fuit in filio in adoptionem

à patre

à patre dato extraneę personę, vt glo. ibi dicit, quod scilicet necesse habeat pater eum aut hæredem instituere, aut exhæredare. Item, & nepotes, si tamen subdit ibi text. tempore mortis Aui sui parentes eos non antecedant, puta, quia pater qui condit testamentum habeat filium, & ex eo nepotem, vel neptem, tunc enim non imponitur ipsi necessitas aliquid nepoti vel nepti relinquendi, nisi faciat per timorem legis Velleię inquit glos. ibi, allegans tex. nostrum. Causatiuè ergo tenetur pater instituere vel exhæredare nepotes.

56 Ex hac glos. colligitur, quod duplex est necessitas, causatiua nimirum, & præcisa, & quod pater teneatur præcisè instituere vel exhæredare filium, causatiuè verò nepotem. Sed faciliori modo hanc rem declarantes, vltrà glos. & DD. hic.

Dicatis, quod in iure nostro necessitas est triplex; Præcisa, Causatiua, & Honestatis. Præcisa dicitur illa, cui siue velit siue nolit, quis parere debet, exemplum est in morte, cum nascamus ea lege vt necessariò simus morituri, vt in sacra pagina commonstratur.

Secundum est exemplum in seruo à domino herede instituto, qui siue nolit, siue velit, tenetur adire hæreditatem, & efficitur heres necessarius, §. pen. supra quib. ex causis man. licet vel non, §. necessarij. infra de hæred. qual. & differ.

Tertium est exemplum in patre habente filios in potestate, qui volens condere testamentum, necesse est vt instituat illos, aut exhæredet, aliàs testamentum ipso iure est nullum, vt in princip. tit. nostri. l. inter cætera, ff. de liber. & posthum.

57 Causatiua necessitas est, quando quis non tenetur præcisè ad aliquid agendum, sed occasionaliter exemplum est in suo herede de iure Pretorio, vel extraneo, qui non coguntur adire hereditatem, tamen si volunt acquirere lucrosam hereditatem, occasione lucri tenentur adire.

Secundum est exemplum in egroto, qui non tenetur præcisè se curare, tamen si vult se ipsum liberare ab infirmitate, tenetur consulere Medicum.

Tertium est exemplum in casu nostri §. in patre scilicet habente filios, & ex eis nepotes, qui condens testamentum non tenetur instituere precisè, vel exheredare nepotes, tamen si ille vult esse securus, vt omni tempore testamentum valeat, tenetur illos instituere vel exhæredare.

Necessitas honestatis dicitur, quando quis honestate suadente tenetur aliquid facere, ponunt exemplum DD. in egroto, qui habet medicum stipendiatum de publico salario, cui licèt ipse egrotus præcisè aliquid dare non teneatur, tamen ex honestate & ex verecundia tenetur; ita dixit Bart. in l. 1. C. quomodo & quando iudex. Canonistæ, in cap. tua nos, extra, de homicid. Vallascus, in l. Imperium, ff. de iurisd. omn. iud. num. 60. glos. in l. in totum, ff. de impens. in reb. dotal. fact. & in l. Gallus, in princ. ff. de lib. & posth. Cagnol. in proœm. ffortum, nu. 41. Bellapertica, l. 1. C. de procurat. & DD. communiter in d. l. Gallus.

58 Accipio glos. in verbo, eo viuo, quæ quidem diuiditur in tres partes, in prima ponit vnum dictum, in secunda infert ex eo vno modo, in tertia & vltima infert alio modo. Pro expeditione primæ partis colligitur à contrario sensu ex tex. nostro, quod si filius in potestate moriatur post mortem patris sui, tunc nepos ex eo succedendo in locum ipsius, non rumpit testamentū Aui, quasi agnatione posthumi, concordat text. in l. si quis filio, ff. de iniusto rupto, ex quo primo infero.

Et sic sum in secunda parte, quod in hoc differt nepos qui subintrat in locum filij, à vero posthumo, quia successio istius nepotis tunc demum operatur, si contingat viuente Auo, cum tamen natiuitas posthumi filij, ipsius rumpat testamentum, licèt contingat post mortem ipsius.

Item & secundo infero, & sum in vltima parte, quod differt ab ascendentibus. vt in l. pater filium, ff. de inoff. testam. qui inducitur per Ias. in vltima additione hoc modo. Dicitur hic, quod ita demum successio nepotis operatur effectum rupturę testamenti, si pater ipsius idemque filius respectu Aui subducantur de medio Auo adhuc viuente, & sic obstaculum tollatur viuo eo de cuius testamento agitur, & tamen in d. l. pater filium, dicitur, quod si filij quorum prima causa est, & sic qui sunt impedimento, tollantur de medio, etiam post mortem eius de cuius successione agitur, nihilominus Auus tunc succedens admittitur, ergo patet, quod diuersa causa est in ascendentibus; & ita etiam inducit Bart. in l. posthumorum, ff. de iniusto, rupto, & irrito facto testamen.

59 Ex hac glos. colligitur primo loco hæc Conclusio, ꝙ nepote succedente in locū patris sui post mortem Aui, per hoc non rumpitur testamentū ipsius; ratio est sm Christophan. quia quādo decedit post mortē Aui, iam confirmatū est testamentū; quia ipse primū suitatis gradū occupabat tempore mortis patris sui, eiusdemque Aui, vndè successio nepotis postea superuenientis non potest tollere quod iam confirmatum est, quod secus est si superuiuat auus filio, tunc enim, cum ante confirmationē nepos succedat in patris sui locū, non est mirū si ipsum rumpat, vbi nō reperiatur in eo institutus, vel exheredatus, ex quo tpe mortis primū gradū suitatis obtinet.

20 Ex secunda parte colligitur secundum Aret. & Fabr. quod si posthumus nascatur post mortem Aui filio postea mortuo, ꝙ rumpitur testamentum Aui, quod tamen inquit Fab. esse contra casum in d. l. si quis filio, §. 1. & in l. si quis posthumus, §. si filius, ff. de lib. & posthum.

Vnde respondetur, ꝙ gl. in hac parte potest intelligi, vt loquitur nō de posthumo nascituro ex filio post mortē Aui, sed de posthumo ipsius Aui, vt talē esse velit differentiam, quia successio nepotis tunc rumpit testamentum, si fiat in vita Aui, agnatio verò posthumi Aui rumpat, etiam quod nascatur mortuo iam Auo. hæc mens vera est ipsius glossæ.

Circa ea verò quæ dicit Aret. hic de hæreditatis transmissione ego non insistam, cum videantur etiam extra propositam materiam.

21 Capio gl. in verbo, Velleia, quæ diuiditur per nos in duas partes, licèt secundum Tobiam cōmodam non recipiat diuisionem. in prima parte glos. declarat tex. in secunda ponit duplicē differētiam inter ius Galli & l. Velleiā. secunda ibi, sed ius Galli.

Prima

Prima pars nil aliud dicit, niſi quod legis Velleię nomen eſt quoddam numen cuiuſdam nouę legis.

In ſecunda verò, q̃ ius Galli nomen eſt legis antiquę, & hęc eſt prima differentia. Item, q̃ loquitur de vero poſthumo, per quod dictũ innuit, quod lex Velleia non loquatur de vero, ſed de impropriè poſthumo; ad probandum autem quod lex Velleia ſit ius nouum, & ius Galli antiquum, adducit text. in l. Gallus, §. ſi eius qui filium, ff. de liber. & poſthum.

Ex qua gloſ. colligi videtur ex mente DD. quod Gallus Aquilius non ex interpretatione induxerit poſthumos nepotes hæredes poſſe inſtitui, ſed potius legem ferendo; ita innuit Accurſ. hic, quem ſequitur Viglius hic; Circa quam concluſionem aliqualiter inſiſtemus; & licèt pro comperto habeamus, paratam crucem eſſe ijs, qui hanc inueſtigare conantur quæſtionem, vt refert Lelius Taurellus in Commentarijs ad Gallum, & ad l. Velleiam, pagina 5. tamen & hanc crucem libenti animo humeris impoſitam noſtris feremus.

22 Eſt ergo communis opinio, Gallum Aquilium nouum ius induxiſſe circa poſthumos inſtituendos vel exhæredandos; & ne in referendis nominibus tempus conteramus, videamus, quænam ſint huius opinionis fundamenta.

Primo adducitur tex. in d. l. Gallus, in princ. quẽ ſic inducimus; Verbum (induco) noui iuris expreſſionẽ ſignificare videtur, vt per Iaſ. ibi, & alios, ſed in d. l. Gallus, dicitur: Gallus Aquilius ſic inſtitui nepotes poſthumos induxit, ergo nouũ ius ſtatuit.

Ego, qui cum viris probatiſſimis ſentio contrarium, reſpondeo, primo negando hanc eſſe verbi inducere ſignificationem, & hanc non probant Doctores.

Secundo reſpondetur, dato verum eſſe Gallum Aquilium nouiter induxiſſe poſthumos nepotes poſſe inſtitui, tamen hoc non fecit legem ferendo, ſed adaptando inſtitutionem eorum ad ius antiquum, vt ſentiunt Recentiores in d. l. Gallus, quos ſequitur Tobias hic, num. 10.

Secundo mouentur DD. pro hac opin. cõmuni, ex d. l. Gallus, in §. ſi eius, ibi, ad ius antiquum, vbi dicitur: ius Galli habito reſpectu ad legẽ Velleiam, ius antiquum nuncupatur: tamen ſi Gallus ius non induxiſſet de nouo, non ita appellaretur, ergo.

Reſpondetur, quòd ius antiquum ibi non appellatur ius Galli, ſed lex 12. tabul. quæritur enim an caſus de quo ibi, debeat referri ad l. Velleiam, an verò debeat ad ius antiquum aptari, idque ex interpretatione Galli?

Tertio argumentatur Viglius hîc, quia ſi Gallus non legem condendo, ſed interpretando legem 12. tab. hoc induxiſſet, eius interpretatio alijs veterum interpretationibus non fuiſſet honorata, cum hic apud eos mos nõ fuiſſet, ſed potius notas quaſdam ſolerent adijcere.

Reſpondetur, negando talem fuiſſe morẽ: quia alibi id factum videmus, vt in l. ſi is qui pro emptore, ff. de vſucapionib.

Quarto & vltimo, ſi Gallus ius nõn nouum non induxiſſet, inſtitutio poſthumorum facta ab eo nulla eſſet, cum lex duodecim tabularum prohibuerit poſthumum alienum inſtitui, d. l. Gallus, §. ille caſus, ergo tanquam conſtitutio facta contra legem, non valeret, arg. l. pen. de leg. 1. ergo dicendum eſt nouum ius feciſſe.

Reſpondetur, non eſſe verum, poſthumos alienos de lege 12. tabul. prohibitos eſſe, imò, de lege 12. tab. admittebantur, vt ſuprà defendimus contra opin. communem.

23 Quamobrem, contrariam opinionem tenent multi ex Recentioribus, in dicta l. Gallus, vbi Salomonius, & nonnulli alij, per rationes deductas ibi; quam etiam opinionem ſequutus eſt Lelius Taurellius in Commentarijs ad Gallum, & ad legem Velleiam, pag. 5. & pag. 16.

Et quoniam nos putamus Gallum Aquilium non prouidiſſe poſthumis alienis, prout falsò opinati ſunt Interpretes, vt ſuprà in §. poſthumi defendimus, ideo ſuper hac quæſtione alia verba non effundemus.

Et ex his ſit finis impoſitus huic §.

REPERTORIVM AD RVBR.

De vulg. ſubſtit.

229 *Verba obliqua directa sunt & directa pariter fiunt obliqua.*

230 *Verba communia possunt agnosci per duas regulas assignatas.*

175 *Via ordinaria impedit extraordinariam.*

30 *Vna determinatio respitiens plura determinabilia, pariformiter determinat.*

141 *Voluntas testatoris, non verba sunt curanda.*

142 *Voluntas testatoris ad possibilia semper trahitur,*



1 AGGREDIMVR secundum huius Academiæ consuetudinẽ titulum de Vulg. Substit. interpretandum; nam cum hucusque tractatum sit de testamentorum ordinatione, filiorumque institutione, vel exhęredatione, non sine causa sequenti loco potest pertractari pręsens materia. Cum enim non semper illud testamentum validum esset, in quo fuisset hæredis institutio facta, ex quo contingere potuisset illud testamentum destitui, & reduci ad causam intestati, aut, quia institutus decederet viuo testatore, vel, quia noluisset adire, aut, quia cõditio, sub qua erat institutus deficeret, vel qualibet alia causa, §. posteriore, infra quib. mod. test. infirm. ideo prouisum est vt in eorum locum alij substituantur, & subrogentur; De hac igitur substitutionis materia locuturi quam DD. difficilem, subtilem, pulcherrimam, frequentem, & quotidianam appellant, vt hoc optimè tot prudentum Iurisconsultorum Responsa, tot Interpretum Commentaria, totq; Consulentium Volumina testantur, nouum ferè ordinem sequentes, ac faciliorem de pluribus disputare statuimus

2 Primo, quare sit adinuenta Substitutio, & an fuerit necessaria.

Secundo, quid sit substituere, & vndę dicatur.

Tertio, an substituere sit verbum generale, necne.

Quarto, quid sit substitutio,

Quinto, quo iure fuerit adinuenta,

Sexto, quotuplex sit.

Septimo, quæ sint directę substitutionis species,

Octauo, qui sint directarum substitutionum effectus.

Nono, quæ sit substitutio obliqua, seu fideicommissaria, & quotuplex.

Decimo, an substitutio fideicommissaria propriè sit substitutio.

Vndecimo, an uerbum, substituo, sit verbum commune.

Duodecimo, & vltimo præfabimur de triplici verborum natura, quibus vtuntur homines in substitutionibus faciendis.

Quibus per me explicatis, erunt explicata omnia, quæ præludiorum gratia circa hanc Rubr. dicenda erant, & per consequens, omnem substitutionum materiam, sub breui quodammodo compendio, & tractatu præ oculis habebitis.

3 Quantum attinet ad primum, scire oportet, substitutiones ipsas fuisse introductas, ut testamenta caduca fierent, & ne vltimæ voluntates inualidarentur, vt inquit text. in l. vnica, in princ. C. de caduc. toll. nam cum ad validitatem testamenti requiratur aditio, aliàs tota dispositio corrueret, l. si nemo, la 1. ff. de testam. tutel. l. 2 §. quisquis, ff. de vulg. & pupill. Poterat euenire, quòd hæres primo loco scriptus non posset adire hæreditatem, morte præuentus, aut, quia nollet, existimans illam esse damnosam, vel qualibet alia de causa, vt inquit text. in l. quia poterat, ff. ad Trebell. & sic de facili testamentum subuerti poterat; ideo, ne istud eueniret, summopere curarunt Legumlatores, vt post primum hæredem seu in illius defectum, possit, & alius gradus hæredum constitui, ex cuius aditione, primo non adeunte, confirmari testamentum posset, vt inquit text. in d. l. vnica, C. de caduc. toll. Adinuentæ ergo sunt substitutiones, ad vltimas voluntates corroborandas; vndè dicere solemus, testamentum confirmari à secundis tabulis, l. ex facto, §. fin. ff. de vulg. & pupill. & hanc rationem sequuti sunt DD. communiter varijs in locis, & præcipuè Corras. & in Rubr. C. de impub. num. 31. Berengar. in l. in quartam, num. 4. & 5. ff. ad l. Falcid. Ozer. in hac Rubr. nostra, num. 22. Vigl. num. 6. Moder. Bonon. in l. Centurio, de vulg. & pupill. numero 6. Leonius in tracta. Substitutionum, in præludijs, numero 129. licèt eo in loco aliam conetur tradere rationem, quam nos minimè necessariam iudicamus, & icirco meritò silentio inuoluendam.

4 Sed contra hoc commune Interpretum dictum ego oppono, ad hoc vt ostendatur magis, eas vtiles, & necessarias hominibus fuisse, ostendo; dicatis quidem substitutiones ipsas in iure inanes, ac inutiles fuisse, ad quod probandum

Primo moueor: quia vulgares substitutiones, quæ ante aditam hæreditatem dantur, videntur conferri in arbitrium alienum, & in secretum alienæ voluntatis, Ita, quod in potestate alicuius est, an admittatur institutus, vel substitutus, & quamdiu potest admitti institutus, substitutus excluditur, l. quamdiu, ff. de acquirenda hæredit. l. post aditam, C. de impub. & alij substit. sed illa institutio, quæ dependet ab alieno arbitrio, nulla est, l. illa institutio, ff. de hæred. instit. l. captatorias, C. de test. milit. l. captatoriæ, de leg. 1. l. 1. ff. de his, quæ pro non script. hab. ergo substitutio tanquam dependens à voluntate alterius, nulla est.

5 Secundo argumentor, quod sint inutiles, quia Substitutiones quę locum habent post aditam hæreditatem, quemadmodum est pupillaris, videntur præbere ansam captandæ mortis pupilli, §. fin autem, infra, de pupill. substit. l. de fideicommisso, C. de transact. at quotiescumq; dispositio respicit votum captandæ mortis, à lege reijcitur, l. fin. C. de pact. ergo sunt inanes.

6 Augetur & tertio, ea quæ sunt contra legis dispositionem, nullius sunt momenti, l. nec auus, C. de emancip. liber. cum simil. at substitutiones fiunt contra leges & præiudicium tertij, quia per illas hæreditates deferuntur extraneis, id quod non eueniret, si substitutio non fuisset adinuenta, cum hæreditas ab intestato ad legitimos hæredes deuolueretur,

retur, ergo sunt reijciendæ tanquam contra leges inductæ:

27 Quarto & vltimo moueor; Actus substitutionis videtur collatus in id tēpus, quod iolicitum & inhabile est; patet: quia testator substituendo, disponit in eo tempore, quo dominus amplius est, cum desierit esse dominus propter mortem, quæ omnia soluit, §. deinceps, in Auth. de nupt. at dispositio, quæ confertur in tempus inlicitum, non valet, l. si res ęstimata, ff. de iure dot. l. Stichus seruus, ff. de manumissis testamento, vbi paria sunt, aliquid fieri prohibito tempore, vel fieri tempore permisso, & confert illius executionem in tempus inlicitum, vt tradit Damhauderius in Enchyridio paruo, aut similium Iuris, in verbo tempore prohibito, est tex. in l. quod sponsæ, C. de donat. ante nupt. ergo,

Sed his minimè obstantibus, non est recedendū à communi Doctorum ratione, quod modus scilicet substitutionis vtilis sit, ac necessarius, idest, producens causatiuam necessitatem, non autem præcisam, cum nemo cogatur facere substitutiones, l. qui plures liberos, ff. de vulg. & pupill. attamen, si non vult vt testamentum veniat ad causam caduci, necesse est vt in testamento substitutionem apponat.

28 Nec obstant in contrarium adducta, & primo dum dicebatur substitutiones esse inanes, quia videntur collatæ in alienum arbitrium, contra tex. in l. illa substitutio, ff. de hęred. instit. Nam respondetur, hoc esse prohibitum quando id nominatim & expressè testator faceret, videlicet, si dixerit instituo Titium, & ei substituo, quem Sempronius voluerit, tunc hęc substitutio tanquam dependens à secreto alieno, non valet, vt inquit text. in l. si quis Sempronium, ff. de hęredib. instituen. vbi si quis Sempronium hæredem instituerit sub hac conditione, si Titius in Capitoliū asceoderit, & quamuis Sempronius hęres esse non possit nisi Titius in Capitolium ascendisset, & hoc sit in potestate Titij repositum, quia tamen non est in scriptura expressa voluntas Titij, huiusmodi institutio valebit, subdit deinde Iurisconsultus, secùs, si dixerit testator, si Titius voluerit ascendere in Capitolium: nam tunc hæc institutio non valet, cum dependeat merè à voluntate aliena, scilicèt Titij. Ad idem est text. in l. fideicommissa, §. fideicommissum, de leg. 3. vnde succedit regula, quod expressa nocent, non expressa, non nocent, l. expressa, de reg. iur. l. nunquā, ff. de cond. & demonstr.

29 Secundo non obstat dum dicebatur, substitutiones præbere ansam captādæ mortis, ideo non valere, cum hoc prohibitum sit per d. l. fin. C. de pact. nam respondetur primò, quod in casu nostro hæc præsumptio non valet, nec præsumitur, l. nec codicillos, C. de codicillis, vbi quilibet præsumitur esse talis, qualis naturaliter esse debet, & ideò inquit text. quod si aliquis paterfamilias confecerit codicillos, & quis dicat fuisse cum tunc temporis mente captum, debet probare, quia in dubio præsumitur sanæ mentis, sic etiam in casu nostro dicendum est, quod ille qui est substitutus pupillo, non habet votum captandæ mortis, nisi probetur, & in dubio censendus est bonus, nec velle vitæ ipsius insidiari, l. meritò, ff. pro socio, vbi quilibet pręsumitur vti iure suo, non alieno.

30 Secundo respondeo, quod suspicione mortis captandæ non datur occasio, vt actus inualidetur, vt per totum titulum de donat. de legat. & de hęred. instit. sequeretur enim, quod donationes omnes essent iniustæ, & omnia legata essent reijciēda, quod tamē & falsum, vt in d. §. fin autem, de pupill. substit. vbi si aliquis dubitaret, ne filius eius pupillus à substituto insidijs interficeretur, dat Imperator remedium, videlicet, vt substitutus nesciat se esse substitutū, attamen cuiusmodi substitutio inquit text. valet, licèt videatur præbere ansam captandę mortis. Nec obstat d. l. fin. C. de pactis, vbi suspicio mortis captandę est in causa, vt actus non valeat, quia respondeo, quod non sola suspicione hoc causatur, sed quia adsunt & alię rationes, vt ibi, quòd deposuerat de hereditate viuentis, meritò, quę non prosunt singula, plura iuuant, & duo vincula magis ligant, quàm vnum, §. sed hodie, de adop. Sed in casu nostro adest sola causa suspicionis, ergo ipsa de per se non est apta ad inualidandum actum.

Tertio respondeo, quod regula, quę habet, quod actus per quem inducitur votum captandę mortis, non valet, non habet locum, quoties ille de cuius mortis capiendę voto agitur, consentit, tunc enim tale votum non haberetur in consideratione, nec attenditur, vt colligitur ex d. l. fin. in §. fin. vbi DD. & pręcipuè Curtius iun. num. 5.

31 Tertio non obstat dum dicebatur, quę sunt contra legis dispositionem, & in pręiudicium tertij, nō valent, at substitutio est talis, ergo. Nam respond. quod lex duodecim tab. defert hęreditatem in subsidium proximioribus, videlicèt, si parentes de rebus suis non disposuerint, sed quando ipse testator disposuit, tunc cessat remedium d. l. duodecim tab. & cedit omni dispositioni, secùs autem, si non disposuerit, quia tunc lex suam vim & potestatem exercet, l. vltima, C. de pact. conuent. l. & ait, ff. de precario,

32 Quarto & vltimo non obstat quod substitutio videatur collata in tempus inlicitum, cum eo tempore per mortem desierit esse dominus, & ideo non videbatur valere, per iura suprà allegata; Nam respond. per Accurs. in l. 2. ff. de hęre. instit. & per Ias. in Rubr. ff. qui testam. fac. poss. nam testamenti factio non videtur collata in tempus inlicitum, cum ex ęquitate domini videamur, licèt in alios conferamus bona; imò dicebat Bald. testamenti factionem omni tempore fieri posse, & tamen actus non sit inualidus, nec inlicitus, cum defunctus repræsentetur ex personas hæreditatis iacentis, & hæredis; quam rationem considerat etiā Cum. in l. Centurio, de vulg. & pup. & veritatē huius rei nos pertractauimus in Commētarijs ad Rubr. de testam. dum quærebamus, an testamenti factio sit hominibus concessa de rigore, an de gratia; Vnde ex his firmum remanet primum caput, s. Substitutiones ipsas propter testamenta coadiuuanda fuisse adinuentas, & per consequens non inanes, sed fructuosas, ac ipsi generi humano vtiles fuisse.

33 Et quoniam omnis res, de qua initium sumitur, debet à definitione proficisci, vt ait Cicero, lib. 1. Officio-

Officiorum,l.1.ff.de dulo; Ideo tractandum est in primis quomodo definiatur ipsa substitutio, sed antequam de ipsa agamus, pauca de illius nomine dicenda sunt, cum prius præcedat definitio quid nominis, vt inquit text.in l.1.ff.de iust.& iure,l.1.ff.si cert. pet. l.1. ff.de acquir. poss. Aristoteles quatto Meteororum tex.decimo, Bart.in l. Imperium,ff.de iurisd.omn.iudic. Cagnol.in l.omnis definitio,ff.de reg.iur.num.10.

14 Substitutio ergo seu substituere dicitur, quasi sub, & subter statuere, ponere, & locare, ille enim, qui substituit, sub & subter statuit; ita dixit Rolandus in tractatu substit. cap. 1. nu.2.sequuntur Calanc. in l. 1.ff.de vulg. & pup.num.23. Politus in tractatu substit.in præludijs, num.7.& Viglius, num.3. quæ etymologia probatur ex l. 2. §. fin. ff.eod. de vulg.& pup.vbi prius quis debet sibi hæredem scribere, deinde secũdo gradu filio substituere, vnde legitur apud Suetonium cap.83. quod in vltima parte testamenti substitutio ponebatur.

Alia potest accommodari etymologia, scilicet vt dicamus, substituere, idest, secundum statuere, vel iuxta aliquem ponere, idest scribere substitutum post hæredem, pro qua facit text. Marci Tullij in tertia Verrina, vbi M. Cęcilius instituit Sempronium, & iuxta eum instituit Balbum; Et hæc quo ad nomen Superest nunc nonnulla de verbo præfari, & quid significet.

15 Verbum ergo substituere, est verbum generale, & speciale, sicuti Adoptio, & Cognatio; ita dixit Corras.in Rubr. C.de impuber. num.1.Sapia. ibi, eod.num.1. & Zas.in tractat.substit.in princ.nu.1. & Leonicus in d.tractatu,substit.num.6.et per Alciat.in l. Centurio, num.4.& 8.ff.de vulg. & pup. vbi Moderni Bononiens.num.30. nam generale nomen dicitur illud, quod plura sub se complectitur, l.1.§. conuentionis, ff.de pact.l. hoc legatum, de leg.3.l.quæstio, ff.de verb.sig.§.scriptum,supra,de iure nat.gent.& ciuili, at verbum, substituere, plura sub se continet, ergo in genere enim nihil aliud significat, quàm supponere, subrogare, subijcere, & submittere, & quod ita accipiatur, videtote text.in l.inutilium, in l.quid ergo, ff. de vsufr. vbi verbum, substituo, stat pro submittere, quod etiam significet proponere, vel supponere, est text.cum glos.in verbo, substituas, in l. 2.ff.quib.mod.vsusfr.amitt. l.fideiussor, §.Lucius, ff.de pignor.& hypothec.vbi hoc verbum accipitur pro subrogare, ad idem est text.in l.tutores, §.pattuus, ff.de administr.tut.vltimo, quod etiam accipiatur pro eo quod in locum alterius subijcitur, & ponitur, est text.in l.in fraudem, §.fin.ff.de iure fisci, §.sed si gregis, supra, de rerum diuis. In specie verò sumitur hoc verbum pro illa substitutione directa, quæ fit in testamento, vel in alia vltima voluntate, post primum, de qua loquitur tit. de vulg. & pupil. & alij consocij, & de qua latius nos sumus verba facturi.

16 Substitutio itaque generaliter sumpta distinguitur per nos; aut enim est inter viuos, aut inter vltimas voluntates. Substitutio inter viuos plures sub se habet species, seu diuisiones, non substantiales, sed accidentales, cũ diuisio fiat ab accidentibus, & qualitate, vt per Cauciuncul.in tract. verisimili.

Primo enim loco dicimus arbores, & plãtas substitui, prout euenit, quando tollitur primum caput & alterũ subrogatur, l.arbores, l.agris, ff.de vsufr. l.impensæ, ff.de impens.dotal.d.§.si gregis, de rerum diuis.

Secundo dicuntur substitui, pecora, & greges, l.si grege legato, ff.de leg.1.d.§.sed si gregis, de rerum diuis.

Tertio accipitur substitutio inter viuos, quando substituuntur operæ, vt est text. in l.libertus, ff.de oper. libertor.

Quarto dicimus substitui iudicem alteri iudici, l.pen.ff.iudic.solui, cap.quoniam Abbas, de off.& potest.deleg.cap.licet, il primo, extra, de election. lib.sexto.

Quinto sumitur quandoq; substitutio pro substitutione, & subrogatione procuratoris alteri procuratori, Bart. in l. si procuratorem, ff.mand. in §.mandati, & in §.si tutores, Paul.Castr.in cons. 146.vol.1.cap.1.de procurat.

Sexto dicitur substitutio inter viuos, quãdo substituitur per delegationem; item, quando debitor delegat aliquem in suum locum, l.Nesennius, ff.de neg.gest.l.delegare, l.si quid, ff.de legat.

Septimo fit quandoque substitutio personarum, quando scilicet tutor substituitur in locũ alterius, l.tutores, §.in eum, ff.de admin.tut.l.libertus, ff.de oper.libert.

Octauo & vltimo accipitur substitutio inter viuos, quando substituuntur actiones in locum aliarum, l.prima, §.hæc actio, ff.si quis testam.lib.esse iuss.fuer.

Et in summma, substitutio inter viuos, generaliter considerata, nil aliud est quàm omnis in alterius locum facta substitutio, seu subrogatio.

17 Substitutio verè quæ pertinet ad vltimas voluntates, etiam ipsa plures habet diuisiones; Aut enim primo loco fit in testamentis, de qua in l.1.& per totum tit. ff.de vulg.& pup. & de qua etiam habetur in hoc titulo, & hæc est duplex: Aut Directa, aut fideicõmissaria, seu obliqua, vt infra dicemus. Secunda est diuisio: nam hæc substitutio fit quandoque in codicillis, vt infra in tit. de codicill. Tertia est illius, quæ fit in legatis, & fideicommissis, l.Titia, §.Seia, ff.de leg. 2.l.vltima, C.de caduc. toll.l.sextia, de leg. 3. & hæc quo ad nominis definitionem.

18 Quantum verò pertinet ad definitionem rei, quã quarto loco explicare polliciti fuimus, aio, quod substitutio nil aliud est, quàm secunda institutio; ita diffiniuit glos.in Rubr.ff.de vulg.& pup.& glo. in Rubr. huius nostri tit. & glos. in Rubr.C.de codic.diui Adri.toll.quam definitionem sequuti sunt DD.communiter; de communi testatur Sapia, in Rubr. C.de impuberum, nu.2.testatur Ozer. hic, num. 2. Socin.iun.in l.Centurio, num. 2. qui inquit, quod magis communiter illam sequuntur Doctores.

Sed quoniam huic definitioni multa maximi ponderis obstare videntur, & multas patitur difficultates, ideo nos hanc quæstionem aliquis explicantes, veritatem facilè indagabimus, &

19 Primo contra hanc definitionem opponitur ex

menta

mente antiquorum, ſubſtitutio eſt nomen æquiuocum, ſed æquiuoca non definiuntur, cum non conueniant in vnam naturam, vnde prius diſtinguendum eſt, quàm definiandum; at Accurſ. definiuit antequam diſtingueret, ergo mala.

Maior probatur: nam æquiuoca dicuntur, quorum nomen commune eſt, definitio autem diuerſa; ita ex Ariſtotele in Prædicamentis, cui ſtãdum eſt, cum peritis in arte ſit credendum, l. ſeptimo menſe, ff. de ſtatu hom. l. ſi chorus, §. his verbis, de leg. 3. declarat Specul. in tit. de probation. §. videndum; exemplum ponitur in Cane, cuius nomen ſignificat latrabilem, marinum, & cœleſtem, vnde habet nomen commune, ſed definitionem diuerſam, ſed ſubſtitutio habet nomen commune pluribus, quorum eſt diuerſa definitio, ergo.

Minor probatur per doctrinam Abb. in Rubr. extra de iudicijs, quam refert Ripa, in Rubr. ff. de vulg. & pupilla.

Huiuſmodi tamen fundamento poteſt reſponderi, prout faciunt Interpretes defendentes Accurſ. videlicèt, quod ipſe Accurſ. intelligit definire ſubſtitutionem directam, illam ſcilicet quę fit in teſtamento, non autem illam quæ fit inter viuos; & hęc eſt communis reſponſio.

20 Secundo contra prędictam definitionem arguitur; Omnis bona definitio conſtat ex genere, & differentijs, vt per Bart. in l. 1. ff. de teſtam. l. 1. ff. de acquir. poſſ. tradit Iaſ. in l. quinta, §. ſtipulatio, de verb. oblig. Cagnol. in l. omnis definitio, de reg. iur. at hic nullum eſt verbũ poſitum loco generis, ergo mala definitio; Quod autem nullum ſit genus, probatur: quia aut illud verbum (inſtitutio) debet exponi (ſubſtitutio) & tunc dico, nullum genus poni, cum definiatur idem per idem; aut verò accipimus illud verbum pro ipſa inſtitutione, & tunc dico, etiam ipſam non habere genus, cum ſit quædam ſpecies ſeparata ab ipſa ſubſtitutione, argumento l. 1. ff. de vulg. & pupill. vbi hæredes, aut ſunt inſtituti, aut ſubſtituti, ergo ſunt diuerſa, quo fit, vt dicantur eſſe diuerſæ ſpecies, vt per Salomon. in l. Gallus, num. 6. de lib. & poſthum. & per Æmil. Ferrett. in l. Centurio, nume. 2. ff. eod. quare ſi ſunt ſpecies diuerſæ, vtique dicemus, quod nullum ex his poſſit eſſe genus alterius, cum nullum genitum poſſit eſſe genus ſui ipſius, vt ait Calãchus in Rubr. ff. eod. num. 1 a. ergo ſequitur, quod illud verbum (inſtitutio) vel aliud verbum (ſecunda inſtitutio) non poteſt eſſe genus, ſi non genus, ergo mala definitio.

Reſpondetur ex Polito, in tractatu ſubſtitutionum, quod illa ſubſtitutio, quæ vt ſecunda inſtitutio, ponitur loco generis, vt volunt DD. in d. l. 1. de teſtam. vt eſt in adoptione, l. 1. de adoption. vt in cognatione, l. non facile, §. agnationis, ff. de grad. & hoc pacto acceptum, bona erit definitio, quemadmodum ſi dicerem, inſtituo procuratorem, inſtituo vineam, actiones, & ſimilia, de quibus ſupra & latè Moder. Bononienſ. in d. l. Centurio, num. 24.

21 Tertio contra illam deducitur; Bona definitio dicitur illa, quę competit omnibus contentis in definitione, l. 1. ff. de dolo, gloſ. & DD. in §. 1. Inſtit. de oblig. ſed illa non eſt huiuſmodi, ergo.

Minor probatur ex l. 2. §. quiſquis, ff. de vulg. & pupil. vbi miles poteſt facere ſubſtitutionem abſq; aliqua inſtitutione, poteſt enim pupillariter filio ſuo ſubſtituere abſq; eo, quod ſibi faciat teſtamentum, vt ibi dicitur, ergo datur ſubſtitutio, quę non eſt ſecunda inſtitutio. Vlterius poterit miles filium ſuum pupillum exhęredare, & ſibi exhæredato pupillariter ſubſtituere, exhæredatis enim ſubſtitui poteſt, l. 1. in fi. ff. de vulg. & pupill. §. non ſolum, Inſtit. de pupill. ſubſtitut. ergo non erit ſecunda inſtitutio.

Reſpondetur per nonnullos, quod tũc filius impubes tacitè inſtitutus cenſetur, ex coniecturata mente teſtatoris, vt declarant DD. in l. Gallus, in princ. ff. de liber. & poſthum.

Sed hæc reſponſio non tollit difficultatem: quia ponamus quod miles ipſum expreſsè exhæredauerit, vel melius dicamus, ꝙ miles exprimat quantum ad ſe, velle inteſtatum mori, velle tamen facere ſubſtitutionem pupillarem, & ita vti ſuo priuilegio, d. l. 2. de vulg. & pupilla.

Dicatis ergo vos ex mente Ripæ, in d. Rubr. num. 3. quod hæc definitio eſt definitio ſubſtitutionis regularis, directæ, quæ fit in locum hæredis inſtituti, illa autẽ de qua in d. l. 2. §. quiſquis, & ſubſtitutio irregularis facta priuilegio militari, vnde ad hoc, vt argumentum teneat, neceſſe eſt ponere exemplum in ſubſtitutione regulari, & demonſtrare, quod non ſit ſecunda inſtitutio.

Quarto contra prædictam inſtatur: Quia videtur, quòd ſubſtitutio ſit prima inſtitutio, non ſecunda, nam pupillaris ſubſtitutio eſt teſtamentum filij, in quo teſtator diſponit de rebus filij, §. 1. §. non ſolum, infra, de pupill. in bonis verò proprijs eſt teſtamentum patris, at in teſtamento patris eſt vnica inſtitutio, item & in teſtamento filij, ergo datur ſubſtitutio, quæ eſt prima inſtitutio.

Reſpondet Iaſ. in Rubr. ff. de vulg. & pupill. quem ſequitur ibi Ripa, num. 3. quod intelligitur ſecunda reſpectu teſtatoris, qui non poteſt pupillariter ſubſtituere, niſi prius ſibi faciat teſtamentum, l. 1. §. fin. l. 2. §. prius, ff. eod. reſpectu verò pupilli fateor quod ſit vnica inſtitutio, cum vnicum videatur eſſe teſtamentum, ſed duarum hæreditatum, d. §. prius, & licèt ex his ſaluetur d. definitio, tamen ex his quæ à nobis inferius dicentur, opinamur in vim definitionis nullo iure defendi poſſe.

22 Quinto igitur loco ego validè inſurgo contra eam; Datur ſecunda inſtitutio, quæ non eſt ſubſtitutio, prob. nam poteſt quis primo loco in prima parte teſtamenti hæredem inſtituere Titium, deinde factis legatis, poteſt in vltima parte inſtituere Sempronium, ergo dabitur ſecunda inſtitutio, quæ non erit ſubſtitutio, ergo malè Accurſ. dicens ſubſtitutionem eſſe ſecundam inſtitutionem. Quod autem detur ſecunda inſtitutio quæ non ſit ſubſtitutio, prob. ex l. quærebatur, §. fin. ff. de milit. teſt. vbi miles inſtituit Titium hæredem vſque ad decem annos, & illis elapſis inſtituit Sempronium, & ſic ibi ſunt duæ inſtitutiones; Et quod illa ſecunda inſtitutio nõ ſit ſubſtitutio, tenuit gloſ. ibi; quod argumentum confirmatur: quia ſi ille ſecundus inſtitutus diceretur ſubſtitutus, tunc legata relicta à primo hærede, cenſerentur repetita ab illo ſecundo

instituto, cum ab substituto censeantur legata repeti, l.licèt Imperator, ff.de leg.1. at ibi illa legata non sunt repetita à secundo, ergo secundus non est institutus.

Nec obstant responsiones traditę per DD. ad hunc tex.& primo non obstat responsio Francisci de Aretio, dicentis, quod quamuis detur alia secunda institutio, quæ nõ sit substitutio, non est per hoc quod omnis substitutio non sit secunda institutio, vndè non videtur obstare, cum iste terminus secunda institutio, sit genus, & substitutio sit species, quam solutionem ipsemet Aretinus tenet, in cap.1. de iudic. quem ibi sequitur Decius.

Sed contra hanc responsionem insurgit Ias. in d. Rubr.ff.eod. quem sequitur Ozer. in Rubr. nostra, num. 5. quod secundum illam Aretini responsionem definitio ipsa non conuertitur cum suo definito, contra tradita in l.1. ff.de dolo, & eam reprobat Socin.iun. in d.l. Centurio, num. 12.

Secunda ergo fuit solutio Ias. in d.loco dicentis, non reperiri secundam institutionem, quæ non sit substitutio, nec in d.l.quærebatur, probatur quod ille, qui fuit secundo loco institutus, non dicatur substitutus, sed simpliciter dicitur, quod ab ipso legata non debentur; vndè inquit Ias. quod ille talis est substitutus, per l.miles ita, ff.de milit.test. vbi miles potest instituere Titium vsque ad decem annos, & postea alium: sed si Titium vsque ad decem annos instituerit nemine substituto, post decem annos, intestati causa locum habebit, ecce ergo quòd ille secundus hæres post decem annos appellatur substitutus; Nec obstat, quod legata relicta à primo hærede, non debeantur à secundo, vt in d. §.fin. tamen si secundus diceretur substitutus, deberentur etiam à secundo: Nam respond. quod ibi legata ab instituto debentur tunc à substituto, quando sumus nos in vulgari directa, & ratio est: quia si testator voluit institutum, quem magis dilexit præstare legata, ergo & substitutum, argumento l.Publius, ff.de cond.& demonstr. at nos sumus in terminis d. l. quærebatur, in militari directa, vnde non est mirum, si substitutus ibi non teneatur ad legata, non obstat ergo prædictum fundamentum, cum illa secunda institutio dicatur verè substitutio, quod autem legata relicta à primo hærede, non censeantur repetita à substituto, nisi tantum in vulgari directa, non autem in militari, tenet glos.& Bart. & Cuman. in l. licèt Imperator, de legat. 1. & Socin. iun. & alij, in l.Centurio, ff.de vulg. & pupill.

23 Sed defendendum prædictum fundamentum, replicatur ex Ozer.d.num.7. quod institutus secundo loco, de quo in d. l.quærebatur, non potest dici substitutus, & est contra intellectum illius legis, & quod non dicatur substitutus, dixit ibi in d.§.fin. glos. vltima, vnde dicere illum esse substitutum, est diuinare, & diuinando asserere id, quod non dixit glos.ibi, & Iurisconsultus, contra l.si putator, ff.ad l.Aquiliam, quod quidem etiã probatur ex Ozer. hic, dum tex.in d.§.fin. ait, si quis à milite ad tempus hæres scriptus sit, & alius ex tempore quæritur, ac posterior hæres à priore relicta legata debeat; & dicitur quod non. Pondero modo illam dictionem (Alius) quæ denotat terminos præcedentibus similes, l.fin. C.de acquir.poss.& in præcedenti dicitur de hærede, ergo dum subiungitur & alius, intelligitur hæres, ergo non substitutus. Confirmatur: quia ille, qui secundo loco fuit institutus, appellatur hæres, ibi posterior hæres, ergo non est substitutus.

Et dato non concesso, prout inquit Bart. quòd solùmodo in vulgari substitutione legata censeantur repetita, etiam à secundo, nõ autem in alia substitutione, attamen ista substitutione substitutus tenetur præstare dicta legata; licèt non tanquam repetita, sed vt quilibet hæres; hoc probat mihi tex. in l.1. §.interdum, ff.ad l.Falc. vbi substitutus pupillariter tenetur ad legata à primo instituto relicta, & tamẽ ipse Bart. locis præallegatis, vult, quod legata in pupillari non censeantur repetita à secundo; patet ergo in d.l.quærebatur, quod si secundus institutus diceretur substitutus, teneretur ad præstanda legata, tanquam quilibet hæres, sed non tenetur, vt ibi dicitur, ergo non est substitutus.

Nec obstat si diceres quemadmodum dicebat Leonius in suo tractatu substit.num.10. quod imò in vulgari directa legata tantum censentur repetita à secundo, nõ autem in militari directa, cum prima procedat secundum regulas iuris communis, alia verò ex militis priuilegio: & ratio diuersitatis est, secundum eum, quia in vulgari directa vulgariter substitutus succedit & subintrat in locum prioris, ac in illius defectu consequitur hæreditatem, quia si ille non vult, aut non potest esse hæres, ideo congruũ visum est, vt quemadmodum ille primus fuisset obstrictus soluere legata, ita & iste, qui in eius defectum eam obtinet ad illa pariter teneatur; non sic autem est in casu nostro, d.l.quærebatur, §.fin. quia ille secundus non succedit ex defectu prioris, aut quia ipse noluerit, aut non potuerit succedere, sed istud immediatè est ex expressa testatoris dispositione, qui sic ordinauit, vt post illud tempus alter succederet, neque ille priori loco vocatus potuisset secùs facere, quo minus scilicet secundus succederet, sicuti potest in vulgari directa, quia si primo loco institutus vult adire, secundus repellitur, sed si repudiat, tunc substitutus in eius locum subintrat cum suis oneribus.

Nam respondeo ad hanc Leonij confirmationem, & dico, quod admissa hac rationis diuersitate, inter vulgarem directã, & militarem directam, quod tunc sequitur quod in casu dictę l.quærebatur, ille secundo loco institutus, non erit substitutus, nam si ille non subintrat in locum primi hæredis, nec in eius defectum, ergo non est substitutus, ergo dabitur casus de quo in argumento, quod reperietur secunda institutio, quæ non est substitutio.

Nec minus obstat consideratio Modernorum Bononiens. in d.l. Centurio, num.27. deducentium aliam diuersitatis rationem, videlicèt, quod in vulgari substitutione legata regulariter videantur repetita, quia ipsa vulgaris fuit inuenta principaliter, vt testamenta non efficerentur caduca, & per consequens, ne legata, & aliæ dispositiones perirent, d.l.1.§.cum triplici, de caduc.toll. & si legata non

assent

eſſent repetita, non diceretur teſtamentum confirmari, at ſecùs in caſu d.l.quærebatur, nam cum primus hæres adierit hæreditatem, & poſſederit per longum tempus, ſecundo non ſubſtituitur vt conſeruetur teſtamentum, & ab ea incipiat, ſed vt & ei vtilitas præſtetur, & cum primus habuerit commodum percipiendi fructus hæreditatis per decem annos, ſatis dicatur remuneratus pro grauamine legatorum, & ideo non eſt opus, quod per ſecundum præſtentur, niſi aliud appareat de voluntate teſtatoris.

Nam reſpondeo, quod ſi per ſecundum inſtitutum teſtamentum non conſeruatur, ergo ſequitur, quod ipſe verè non dicatur ſubſtitutus, qui ſi verè eſſet ſubſtitutus, ſubintraret in eius locum, ad hoc vt teſtamentum non corrueret, nec etiam legata in eo relicta inualidarentur, cum teſtamentum à ſecundis tabulis confirmetur, ideſt à ſubſtituto, l. 3. §.fin.ff. de lib,& poſth. at non ſubintrat, ergo non eſt ſubſtitutus,

24 Vltimo loco ego aliter replico ad id, quod reſponderi poſſet, vel ſupra fuit reſponſum ad dictā l.quærebatur, dicens, quod illa inſtitutio de qua ibi non eſt ſubſtitutio prout falsò Iaſ.& alij exiſtimati ſunt, patet: quia non eſt ſecunda inſtitutio in gradu, vt eſſe debet, l. 1. ff.de vulg.& pup, nam inſtituti dicuntur, in primo gradu, ſubſtituti in ſecundo; gradus enim ſecundus denotat inferioritatem, vt de ſe patet, cum ſit ad ſcalarum ſimilitudinem, vt dixit gloſ.in §.primo, infra eod.tit.noſtro, & text. in l. Iureconſultos, ff.de gradibus; Nec obſtat text. in d.l.miles ita, ff.de milit. teſt. ibi, nemine ſubſtituto, &c. ergo idem dicendum eſt in caſu l.quærebatur, quod ſecundus inſtitutus dicatur ſubſtitutus: nam reſpondetur, quod ibi Iuriſconſultus appellat ſubſtitutum impropriè pro ſubrogato, videbatur enim illum quodammodo in eius locum ſubrogatum fuiſſe, non autem, quod verè eſſet ſubſtitutus, verbum enim (ſubſtituere,) eſt verbum generale, denotans quamlibet ſubrogationem, vt ſuprà diximus, non ergo ibi propriè loquitur de ſubſtituto. Præterea, text. in d.l.quærebatur, contrariaretur textui in d.l.1. ff.eod. ſi intelligeremus illū loqui in ſubſtituto, vndè vt euitetur contrarietas, dicendum eſt eum loqui in inſtitutione.

Non obſtat etiam reſponſio Politi in d.tractat, ſubſtitut. quam deinde ſequutus eſt Leonius in dicto tractatu in præludijs, num. 16. in d.l. quærebatur, in §.fin. ponitur caſus ſpecialis, & deuians à regulis iuris, quos caſu non eſt opus, vt definitio comprehendat, ſed ſufficit, quod vera ſit quo ad ius commune, & ſecundum illius regulas; ea verò quæ ſunt de iure ſpeciali, non poſſunt tali definitione comprehendi.

Nam reſpondetur, quod hoc videtur quodammodo ſubterfugium miſerorum, cum in hoc non poſſit allegari ratio ſpecialitatis, cum iam ex ſupra traditis non fuerit aſſignata ratio diuerſitatis; quare legata ipſa non videantur repetita à ſecundo inſtituto, ideò firmum remanet hoc argumentum, quod detur ſecunda inſtitutio, quæ non eſt ſubſtitutio, ergo eſt mala definitio. Secundo reſpondetur, quod in illa l. nō ponitur caſus ſpecialis, videlicet, quod ibi detur ſecunda inſtitutio, quæ non ſit ſubſtitutio fauore militis, ſed ſpecialis eſt in hoc, quod ipſe miles poteſt ex certo tempore, & vſque ad certum tempus inſtituere, §.hæres, ſupra de hæred.inſtit. & in hoc conſideratur ſpecialitas, non autem quod ſecunda inſtitutio, non dicatur ſubſtitutio, & ſi diceres quare, ergo illa ſecunda inſtitutio non dicitur ſubſtitutio, ſi miles in hoc non habet priuilegium, nam reſpondetur, quod nō dicitur, quia non eſt verum id, quod præſupponit Accurſ. quod ſubſtitutio dicatur ſecunda inſtitutio, & è contra.

25 Sexto contra dictam definitionem ego moueor; quia bona definitio dicitur, quæ conuertitur cum ſuo definito, vt per DD. in l. 1. ff. de teſtam. ſed hæc non eſt huiuſmodi, ergo, Probo: quia non ſolum datur ſecunda ſubſtitutio, ſed etiā, & tertia, & quarta, & deinceps vſque in infinitum, vt in princ.tit. noſtri, & tamen tertia, & quarta ſubſtitutio, non erit ſecunda inſtitutio, ergo malè dicit Accur. dicēs ſubſtitutionem eſſe ſecundam inſtitutionem.

Nec obſtat opinio, & reſponſio Doctorum dicentium, quod licet fiat tertia, & quarta ſubſtitutio, tamen illa dicitur ſecunda inſtitutio, cum omnis inſtitutio, quæ fit poſt primam ſiue fiat in tertio, vel in quarto, vel vlteriori gradu, ſemper dicitur ſecunda, vt colligitur ex Rubrica, & ibi gloſ. C.de ſecundis nupt. vbi etiam nuptiæ poſteriores, omnes poſt primas ſecundæ dicantur, vt in l. ſi quis priore, §.talem, eod. tit. de ſecundis nupt. & hæc reſponſio eſt communis, vt teſtatur Leonius loco ſupra citato, num. 18.

26 Nam replicatur ex Polito in dicto tract. ſubſtit. quod imò tertia, & quarta ſubſtitutio, nullo modo poteſt dici ſecunda inſtitutio, nam numeri dicuntur inter ſe ſubſtantialiter differre, vt tradit Ariſt. in Prædicamentis, in ca. de Quantitate, ne ordo diſtinctionis confunderetur, quemadmodū eſſet, ſi tertia & quarta diceretur ſecunda. Nec obſtat ꝙ oēs nuptiæ quæ fiunt poſt primas dicātur ſecundę, nā reſpondetur, ꝙ non per hoc ſit, ꝙ ſecūdę nuptię dicatur tertiæ, & quartę, nam in tit. de ſecundis nuptijs, appellatione ſecundarum, veniunt tertiæ & quartæ nuptiæ, non quia hoc ſit de ſubſtantia, ſed quia rub. illius tit. eſt anguſtior, & ſic tertiæ, ſecundæ dicuntur, argum. rubr. C. vt eccl. Rom. centum ann. gaud. priuil, vbi Rubr. cum eſſet anguſtior, ideo ſub ea eccleſię Orientales continentur, tamen clarum eſt, quod eccleſia Orientalis non eſt propriè Romana, vt per DD. in Rubr, ſi cert. pet. & hinc eſt, quod quartæ nuptiæ dicuntur ſecundæ, non ex propria verbi ſignificatione, ſed ex quadam interpretatione, cum verbum iſtud tertiæ, & quartæ non ſignificet ſecundas, imò contrarium in iure videmus, in l. cum aliquis, & l. hac edictali, in princ. C.de ſecun.nupt. & in l.quæcumq;, in prin. C. de bon. quæ lib. & ita in his terminis loquitur gloſ. in d. Rubr, & in d.l. ſi quis priorem, §.talem, C.de ſecund, nupt. at ſecùs eſt in caſu noſtro; nam cum Accurſ. poſſit dicere, quod ſubſtitutio ſit non ſolum ſecunda, ſed etiam tertia, & quarta, & non dixerit, ergo mala eius definitio.

Confirmatur: quia ſecūdę nuptię cōprehendunt alias factas vlteriori gradu, non quia tertiæ dicantur

tur

tur secundæ, sed quia leges adaptantur ad ea, quæ frequentius accidunt, l.nam ad ea, ff.de legib. sed plerumque euenit quod mulier non transeat ad tertias, vel vlteriores nuptias, ideo à communiter attingentibus dicuntur secundæ, sed secùs est in casu nostro: quia à communiter attingentibus est, vt non solum quis substituat in secundo gradu, sed etiam in tertio, & quarto, vt inquit text. hic, in princ. & in d.l.1. ff.eod. ergo male definiuit Accurs. dicens substitutionem esse secundam institutionem.

27 Nec obstat si quis diceret responsionem Politi circa numeros non esse veram, cum numeri dupliciter considerentur, aut relatiuè, aut essentialiter, si relatiuè, capiuntur, secundum eorum relationem, tunc numeratur numerus tanquam principium, & origo, & eo casu omnis pluralitas quę est post primum, dicentur secundi numeri, & erunt quodammodo causati à primo principio, & in his terminis procedat communis definitio, quod omnes nuptię, quę post primas contrahuntur, secundę dicuntur, prout sentit Decius in Rubr. C.de secun. nupt. Aut verò considerantur numeri per essentiam, videlicet, considerata qualitate ipsorum, & tunc procedat responsio Politi, cum secūdus quo ad essentiam non dicatur primus.

28 Nam ego respondeo, quod admissa hac distinctione, nihilominus argumentum subsistit; nam in definitione verba debent considerari essentialiter, non autem per relationem ad aliud, vt per scribentes in Rubr. de oblig. & in l. Centurio, ff.eod. sed hic sumus in definitione substitutionis, quæ essentiam definiti declarare debet, non per relationem, ergo dicendo quod tertia, & quarta substitutio est secunda, hoc est per relationem, non autem de essentia, & sic corruit definitio.

Nec obstat responsio Socini iun. qui vltra alios in d.l. Centurio, num. 6. respondebat, quod licèt tertio vel quarto gradu fiat substitutio, potest dici secunda institutio, quia voca tantum substitutio locū & effectum habitura est, & quilibet in casu quo vocatur, dicitur vocari in locum primi instituti, argumento eorum quę habentur in l.cohęredi, in princ. ff.de vulg. & pup.

Nam replicatur, quod per eandem rationem deberet posse dici prima institutio, ex quo in locum testatoris dicitur substitutus vocari, remoto primo instituto, vt ipsemet Soc.iun. ibi sentire videtur, dicens, quod ab hoc arg. definitio defendi non potest.

29 Septimo contra eandem moueor, quia datur aliqua substitutio, quæ non presupponit ante se institutionem, ergo mala. Assumptum probatur: quia substitutio fit in legatis, in fideicommissis, et in donationibus causa mortis, l.1. §. sin autem, C.de cad. toll. l.vt heredibus, de leg.2. l.si legati, C.de legatis, vbi certi iuris est in legatis, in donationibus causa mortis, & in fideicommissis posse substitui, tamen in legatis nulla adest institutio, ergo datur substitutio, quæ non est secunda institutio.

Conantur respondere DD. & primo Socin.iun. & Ias. in d.l.Centurio, & Aret. ibi, quod ipsa definitio intelligitur de directa substitutione, quæ fit in hæreditate, & de qua tractatur in hoc tit. quam omnino præcedit institutio.

Replicatur, quod hæc solutio communis non est admittenda: nam si hic non ageretur de substitutione legatarij, vel fideicommissarij, vel donatarij, profectò definitio non declarabit definitum, contra doctrinam Bart. in l.1. ff.de testam. nam si dico substitutionem, quoad essentiam, intelligitur de illa, quæ fit in legatis, & in fideicommissis, cum & ipsa sit propria, sicuti alia, vt infra dicemus, sed DD. volunt hanc non contineri, ergo sequitur malam esse definitionem.

Secundo igitur loco respondebant alij, quod ista verba institutio, & substitutio, duobus modis in iure accipi possunt, videlicet, in lata, & in stricta significatione; vndè, primo modo sumptum verbum illud (instituo) potest significare quamlibet ordinationem, seu dispositionem, vt supra demonstrauimus nos in 3.cap. Sic etiam verbum substituo, generaliter accipi potest, pro quacumq; cuiusuis rei, seu actus subordinatione, seu subrogatione in locum alterius rei, in qua generali significatione acceptum hoc verbum (substituo) potest dici, quod sit secunda institutio, accipiendo pariter verbum (instituo) in generali significatione, & sic substitutio fideicommissaria, in legatis, & in donationibus causa mortis, dicitur secunda institutio, quia & in legatis, & in donationibus est prima institutio: nā cum verbum illud (instituere) tanquā genus, comprehendat omnem dominij concessionem, sequitur, quod legatarij, & donatarij dicantur a testatore instituti, ergo & in eorum locum vocati dicuntur secundo instituti, quam responsionem sequuti sunt etiam Mod. Bonon. in d.l. Centurio, sub nu.30. & 31. & Leonius in præludijs ad tract. substit. num.6.

Replicatur, quod prædicta solutio non est sufficiens, nam in definitione verba debent stare propriè, & strictè intelligi, cum definitio debeat ponere substantiam, & quidditatem rei, l.1. & ibi DD. ff.de testam. cum alijs vulgatis. Nec obstat text. in l.id tempus, §.fin. ff.de vsucap. vbi legatarius quodammodo quasi hæres existimatur, ergo si est hæres, ergo & institutus, ergo substitutio quæ fit in legatis, est secunda institutio, vt animaduertit etiam Socin.iun. in d.l.Centurio, nu.7. Nam respondeo, quod in d.l. non dicitur, quod legatarius dicatur hęres, sed vocat illum hæredem respectu accessionis quę sumitur ex persona ipsius defuncti, & sic nō dicitur hęres, sed quodāmodo heres, habito respectu ad repręsentationē temporis; Item, dato, ꝙ imò sit hęres quo ad tēpus accessionis; non tamē sequitur ꝙ in cęteris sit institutus, cum inclusio vnius sit alterius exclusio, at tex. ille loquitur tantummodo in legatis, non in donatione, & sic substitutio, quę est facta in donatione, non est secunda institutio.

Tertio respondebant nonnulli alij, inter quos fuit Dec. quod definitio Accurs. debet intelligi de substitutione propria, sed illa quæ fit in legatis est impropria, ergo. Quod sit impropria, patet, ille enim cui hæreditas restituitur, non dicitur institutus, nec hęres, sed dicitur loco hæredis, l. postulare, §.fin. ff.ad Trebell. l.si filius, ff.quod cum eo, §.restitutum ergo, de fideicom. hæred.

Replicatur, ꝙ imò substitutio fideicommissaria sit pro-

sit propria substitutio, & per consequens, quod definitio sit mala, cum illam non contineat; quod sit verum, probatur ex l. pupillus, §. fin. ff. de cond. & demonstr. vbi ille cui fideicommissum fuit relictum, substitutus denominatur, non solum semel tantum, sed bis, nec ibi est aliquod verbum, per quod impiopiietas possit præsumi.

30 Confirmatur ex l. vnica, §. sin autem, ibi, certi iuris esse in institutionibus, in legatis, & in donationibus causa mortis, posse substitui. ecce ergo quod verbum (substituo) ibi respicit tam hæreditates, quàm legata; quo stante, arguo sic. Vna determinatio respiciens plura determinabilia, pariformiter illa determinat, l. iam hoc iure, ff. eod. sed verbum substituo, respicit hæreditatem & legata, ergo sicut determinat propriè in hæreditate, ita in legatis & in fideicommissis.

Confirmatur & tertio ex Ozet. hic, nu. 13. nam quando fit aliqua diuisio plurium rerum certè illæ res æquè omnes sub diuisione propriè continentur, §. 1. J. de obligat. §. fin. de diuis. stipul. in princ. At secundum omnes DD. hic, & in Rubr. ff. eod. principalis diuisio substitutionum est, quod alia sit directa, alia fideicommissaria, vt s. etiā nos retulimus, ergo directa substitutio, & fideicōmissaria, æquè propriè sub diuisione substitutionis continentur, de qua te latius videbimus in decimo cap. huius Rubr.

Augetur & vltimo: nam attenta sopradicta responsione, sequeretur, quod definitio non competeret omnibus contentis sub genere, cum substitutio facta in legatis, & fideicommissis, contineatur sub substitutione in genere, & tamen secundum DD. suprà citatos ipsa non comprehenditur sub hac definitione, ergo.

Octauo & vltimo contra prædictam definitionem moueor; Definitio ad hoc vt in iure recipiatur, debet constare ex genere & differentijs, vt ponat totam essentiam definiti, alioquin est potius allusio, vel etymologia vocabuli, quàm definitio, vt not. in l. 1. ff. de testam. & in l. 1. §. 1. ff. de dolo, at hæc definitio constat ex genere tantum, sine differentijs, ergo mala.

Minor probatur: quia potest fieri substitutio in procuratoribus, in actionibus, in grege, & in arboribus, & diceretur secunda institutio, & non erit illa de qua loquitur tit. noster & DD. hic, & alibi, at ex definitione Accurs. non colligitur differentia de qua ipse intellexerit, ergo tanquam carens differentia, non est admittenda. Et sic ex his quatuor vltimis fundamentis definitio Accursij nullo modo potest defendi.

31 Ideo quantum attinet ad hanc rem, animaduertendum esse puto, quod interpretes nostri sunt hallucinati, nec mentem Accursij perceperunt, dum ipse dixit, Substitutio est secunda institutio, quoniam mens illius non fuit definire substātiam substitutionis, nec illius definitionem ponere, sed fuit tradere regulam, seu pronūciatum quoddam proferre, vel quandam propositionem, quod omnes illæ dicuntur substitutiones, quæ sunt secundæ institutiones; & quod hæc fuerit illius mens probatur

Primo, nam oratio est duplex, aut enunciatiua, aut diffinitiua: Enunciatiua dicitur, quæ monstrat verum, & falsum, vt homo est animal, tamen hæc oratio non ponit substantiam rei definitæ: nam si volo definire hominem, non sat est dicere, homo est animal, sed oportet subijcere homo est animal rationale, mortale: Diffinitiua verò oratio est, quando illa verè enunciationi addit illud quod tendit ad substantiam rei definitę, prout quando dictum est, homo est animal, & demum additur, rationale, mortale, vt docet Cagnol. in l. omnis definitio, de reg. iur. Modo dicendo Accurs. substitutio est secunda institutio, non vult illam definire, quia non ita dixisset, sed apposuisset aliquid de substantia substitutionis.

33 Secundo confirmatur per glos. in l. quod liberis, in princ. ff. de vulg. & pup. vbi gl. dixit, nullam esse substitutionem absque conditione, ergo si mens illius fuisset tradere definitionem, de hac conditione, aliqualem mentionem fecisset; Nec obstat si obijceres, quod imò ex his verbis, Accurs. voluerit definire substitutionē, eo quia vtitur verbo (EST) quod verbum de sui natura denotat substantiam, vt per Bart. in l. 1. de testam. & per consequens denotat definitionem. Nam respondeo, non tenere hanc consequentiam, quia verbum (EST,) non semper denotat definitionem, & sic substantiam, imò, quandoque significat regulam, vt in l. culpa, de reg. iur. vbi non definitur culpa à Iureconsulto, quia si definiretur, deberet definiri prout tradit Bart. in l. quod Nerus, ff. depositi; Vnde ex his colligere licet, nostrates in maximum errorem lapsos esse, opinantes Accurs. voluisse ponere definitionem substitutionis, cum mens illius fuerit ponere Axioma quoddam vniuersale, ex quo deduceretur sua continuatio: nam superius tractauerat de legitimis hæredibus institutis, secundo igitur loco, & continuatiuè restabat videre de his, qui secundo gradu instituuntur, vt sunt ipsi substituti, vt per glos. hic, & est text. in l. prima, ff. de vulgari & pupillari.

Vndè, cum definitio Accursij, vt vidistis maximas pariatur difficultates, ideo alia substitutionis definitio à nobis inuestiganda est.

34 Secunda igitur fuit definitio glos. in l. qui liberis, in princ. ff. de vulg. & pup. quæ aiebat substitutionem esse conditionalem institutionem, quam referunt DD. in l. Centurio, ff. de vulg. & pupill. Quam definitionem posuit Goffredus, in l. si patroni, §. adeo, ff. ad Trebel. quā tenet Bald. Nouell. in tractatu substi. & Bulgarinus, in d. Rubr. ff. eod. tit. nostro.

Sed contra hanc definitionem opponunt Moderni, quia datur conditionalis institutio, quæ non est substitutio; hoc probatur in l. si quis ita hæres instituatur, ff. de hæred. instit. Nec obstat si tu dicas, vt faciunt nonnulli, quod immo est substitutio, quia venientes ab intestato possunt quodammodo dici instituti: nam si re vera text. ille perpendatur, vnusquisque intuebitur neminem fuisse institutum præter illum; & si quidem venientes ab intestato volunt consequi illam institutionem, & vt melius dicam successionem, non tamen illā vtique

dicentur habere tanquam vocati, aut instituti in illo testamento, imò, tex. ille contrarium asserit, in illis verbis, illo legitimo successionem vendicante, deficit conditio testamenti. Confirmatur, quod si detur conditionalis institutio, quæ non sit substitutio, vt si instituero Semproniũ sub hac conditione, si nauis ex Asia venerit, si Seius Consul factus fuerit, vt in l. 1. §. sin autem, C. de caduc. toll. l. suus quoque, cum duabus ll. sequentibus, ff. de hæred. instit. toto tit. ff. de condit. & demonstrat.

Secundo reijcitur: quia datur substitutio, quæ non est conditionalis institutio, l. quærebatur, §. similes ita, in princ. ff. de milit. testam.

Nec obstat responsio Leonij in præsud. ad tractat. de Substit. nu. 39. dicentis, quod illa iura procedunt de iure speciali, quæ non est opus vt sub definitione comprehendantur; nam respondeo vt supra in quinto argumento deducto contra definitionem Accursij, in fine.

Tertio oppono, quia substitutio fideicommissaria est propria substitutio, vt supra firmauimus in prima definitione, & est tex. etiam in l. generaliter, §. cum etiam, C. de instit. & subst. & tamen fideicommissum potest fieri absque conditione, si testator instituat hæredem, & grauet eum restituere hæreditatem in totum, vel pro parte purè.

Nec obstat responsio Mod. Bonon. in d. l. Centurio, nu. 44. dicentium, quod imò in fideicommisso adhuc est conditionalis institutio, quia ipse fideicommissarius vocatur à testatore sub conditione, si ille erit hæres, etiam, quod non exprimatur; & ideo statutum fuit quod hæredes recusantes adire, cogantur ei restituere, ad hoc, vt adimpleatur conditio, §. post, infrà, de fideicom. hæred. i. quia poterat, ff. ad Trebell. Nam ego replico, quod ibi est tacita conditio inducta à lege, nos autem loquimur de conditione expressa hominis, ergo non vrget; imò dico, quod nulla inest conditio, ex quo hodie, siue velit, siue nolit, ipse grauatus tenetur adire, & restituere, vt in §. sed quia, infra, de fideicommiss. hæred.

Quarto moueor ex l. qui liberos, in princ. ff. de vulg. & pupillari, vbi substitutio potest fieri purè, ergo non erit conditionalis secunda.

Sed huic textui potest responderi, nam in substitutione est conditio intrinseca, f. si primo institutus qualibet ex causa non erit hæres, & de hac conditione intelligitur definitio. Ille autem text. loquitur, de conditione extrinseca, dicit. n. quod substitutio potest fieri purè, & sub conditione, purè, si dicat, si filius meus intra pubertatem decesserit, Seius hæres esto; videtis ergo, quod quamuis hic adsit conditio, tamen text. ille dicit hanc esse puram; ratio est: quia illa conditio adest ex natura substitutionis, & est intrinseca, potest ergo fieri purè, habito respectu ad conditionem extrinsecam, sed non quo ad intrinsecam.

Quinto tamen, & vltimo potest damnari hæc definitio, quia in ea non apparet de qua cõditione debeat intelligi, an nimirum de intrinseca, an verò de extrinseca, quia hoc non declaratur, ex verbo (conditionalis) ideò tanquam defectiua non videtur admittenda.

35 Tertia itaque fuit definitio Azon. in Summa, C. de instit. & substit. quam refert Ripa, in d. l. Centurio, & Mod. Bonon. nu. 47. ibi, & Leonins in d. suo tract. num. 42. & Ozer. in Rubr. nostra, numero 10. quid dicebat, substitutio est secundus gradus omnium eorum, qui in locum institutorum deficientium, vel non adeuntium instituuntur.

Sed contra hanc definitionem insurgunt Ripa, & Ozer. hic, & alij, dicentes, quod si pupillariter substitutio fiat filio exhæredato, non dicetur facta in locum deficientium institutorum, cum ipse sit exhæredatus, lege prima in fine, ff. eodem Confirmatur & secundo difficultas; quia cum sit exhæredato, non potest dici secundus aut tertius gradus, imò est primus respectu illorum bonorum ipsius pupilli, pro quibus est facta substitutio, non obstantibus ijs quæ pro responsione adducebat Leonius.

Tertio improbatur per Ozer. nam illa definitio, quæ non conuertitur cum suo definito non est bona, sed ista est talis, ergo. maior probatur ex traditis supra; minor patet, quia substitutio potest fieri in legatis, in fideicommissis, & donationibus causa mortis, & tamen ibi nulla est institutio.

Quarto fideicommissaria substitutio, est secundum nor propria substitutio, & tamen non fit in locum deficientis hæredis, cum ibi hæres non deficiat, & sic ista definitio non competit omnibus sub definito contentis.

36 Quarta sequitur in ordine definitio quam posuit Ozer. hic, nu. 15. Substitutio est secundus gradus institutionis, & eorum, qui post primos honoratos honorantur, & hæc secundum ipsum est optima definitio, cum habeat genus, & differentias: nam ille terminus (gradus) est loco generis, quia est generale quoddam, vt dicit tex. in l. Iurisconsultus, §. gradus, ff. de grad. ille autem terminus (secundus) ponitur ad differentiam primi, quia hi qui sunt in primo gradu, sunt instituti, & non substituti, l. 1. ff. eod. dicitur deinde secundus gradus institutionis, quia non quælibet secunda institutio est substitutio, vt in terminis d. l. quærebatur, §. fin. de milit. testam. dicitur etiam & eorum, qui post primos honoratos, honorantur, vt comprehendat substitutionem factam in legatis, & in fideicommissis, quia ipsi legatarij, & fideicommissarij honorati dicuntur, vt hic latius per eum.

Sed hęc definitio non est satis sufficiens, & pro intelligentia debetis scire, quod nullũ verbum in definitione debet esse superfluum, vt dicit glos. in verbo secundum, in §. 1. J. de oblig. & ibi DD. sed in hac est aliquod verbum superfluum, ergo mala. Minor probatur testimonio ipsius Ozerij, qui post traditã definitionem, ait, q̃ huiusmodi definitio potest breuius concipi, f. Substitutio est secundus honoratorum gradus; patet ergo quod si benè potest definiri paucis verbis, q̃ in illa superiori fiunt verba superflua; cum frustra fiant per plura, quæ possunt fieri per pauciora, i. longiores, C. de prob. Item, nec secũda definitio illius est admittẽda, tũ, quia dependet à prima, quæ est mala, tum etiã, quia nõ solum datur secũda institutio, sed etiam tertia, & quarta, vt in

vt in princ. huius tit. & tamen in tertia, & in quarta est substitutio.

Tertio neutra illa non est admittenda, quia datur substitutio propria, quæ non est gradus honorarius, vt illa quæ fit à milite filio pupillo, qui sibi non fecit testamentum; nisi dicamus, quod illa est militaris inregularis, & definitio supradicta, directa sit vulgaris, & regularis.

Quarto & vltimo contra ambas definitiones insurgo: quia gradus substitutionis est conditionalis, vt patet ex t. §. tit. nostri, & j. dicemus, tradunt DD. in Rubr. & in l. Centurio, ff. eod. sed in his definitionibus Ozerij, nulla fit mentio de conditione, ergo mala.

37 Qui de re Ripa conabatur quinto loco aliam tradere definitionem, videlicet; Substitutio est institutio purificanda per non aditionem, aut per mortem, aut per aliud impedimentum instituti aut exhæredati.

Sed hæc etiam Ripæ habet in se difficultatem superius excitatam, nimirum, cum non appareat de qua conditione intelligatur, an de extrinseca, vel intrinseca.

Secūdo reijcitur: quia datur conditionalis institutio, per mortem, vel non aditionem instituti, aut exhæredati purificanda, quæ non dicitur substitutio, per ea quæ posuimus in prima definitione; exemplum ponitur si filium exhæredo, et Titiū instituo in dimidiā, & Caiū in aliam dimidiam, sub ista conditione, si filius exhæredatus decesserit intra annum; certum esse hoc casu, quod illa conditionalis institutio de Caio facta, verificabitur per mortem illius exhæredati, tamen non est substitutio, tēpore quo instituo Titiū in dimidiam, & Sempronium in aliā dimidiā, sub ipsa tamen conditione, si Titius hæres non erit; certum enim est hoc casu, quod illa conditionalis institutio de Sempronio facta purificatur per mortem, vel aditionem Titij, quia illa verba, si hæres non erit, ita intelliguntur, vel quia noluerit repudiando, vel non potuerit prius moriendo, vt j. dicemus, loquentes de vulgari substitutione, & tamen hæc non est substitutio, & per consequens definitio non est bona.

38 Sextam posuit definitionem Curt. iun. in Rubr. C. de impub. & alijs substitutionibus, videlicet, substitutio est in alterius locum quantum ad bona testatoris vel pupilli repositio. Pro qua ipse allegat text. in l. quamuis, in fine, C. de impub. & alijs substitut.

Sed contra hanc insurgit Leon. in d. tract. Subst. num. 46. quia & cohæres in locum, & portionem cohæredis deficientis per ius accrescendi, reponitur, & tamen non dicitur substitutus, sed per legem dicitur succedere, l. si testamento, in fine, ff. de vulg. & pupill.

39 Septima in ordine definitio, quam tradit Antonius Fumeus, in tractatu substit. in princ. dicens: Substitutio est in locum cuiuscumque instituti hæredis deficientis suppositio.

Sed contra ipsam obstare videtur, quia ille etiā qui per ius accrescendi succedit, dicitur suppositus in locum instituti hæredis deficientis, & tamen non dicitur substitutus, imò, ex legis authoritate ipse consequitur bona, d. l. si in testamento, in fine, ff. eod.

Vlterius reprobatur per ea, quæ diximus de filio exhæredato; nam ibi datur substitutio absque aliqua institutione.

40 Octaua sequitur definitio Lancellotti Polit. in suo tractatu subst. dicentis substitutionem esse sequentem institutionem.

Sed hæc quoque patitur illas difficultates quæ in prima definitione Accursi reperiebātur. Si enim testator in vna parte testamenti Sempronium faciat hæredem, & Meuium in alia parte, ibi dabitur secunda institutio, & tamen non erit substitutio; Obstant etiam ea, quæ dicta sunt de filio exhæredato.

Nona fuit illa Ias. dicentis, quod Substitutio est sequenti loco facta subordinatio.

41 Sed nec ista in iure subsistere videtur, quemadmodum animaduertit Leonius loco supra allegato: nam quamplurimæ reperiuntur subordinationes sequenti loco factę, quæ non sunt substitutiones, vt in l. si quis hæredis, & in l. ex vncijs, ff. de hæred. instit.

Decima fuit definitio, de qua per Leoninm in præludijs d. tract. Subst. nu. 52. qui ita definiuit: Substitutio est dispositio testatoris, transferens hæreditatem in aliquem defectum, seu in locum alterius, quam ipse multum commendat, constat enim ex genere, & differentijs, conuertitur cum suo definito, & ponit substantiam rei definitæ, secundum eum.

Sed ego existimo hanc tutā non esse, licèt alijs præcedentib. meliorem esse sentiam, & primo obstrare videtur: quia est superflua in illis verbis, in aliquem defectum, vel potius in illis verbis, seu in locum alterius, cum non possit substituturus succedere in locum alterius, nisi ex aliquo defectu.

42 Vnde cum hucusque non sit tradita bona definitio, cogitabam ego, si dici posset hoc pacto. Substitutio est institutio, qua testator reliquit hæreditatem alicui in locum alterius, quem ante hęredem fecerat; quę definitio ab omnibus impugnationibus defendi potest.

Dixi itaque, substitutio est institutio, videlicèt in genere sumpta, cum nomen substitutionis sit nomen generale, argum. l. 1. §. cōuentionis, ff. de pact.

Secundo loco dixi, qua testator reliquit, ad differentiam iuris accrescendi, argumento l. si in testamento, ff. eod.

Dixi & tertio loco, hæreditatem, ad differentiam legatorum, donationum, & fideicommissorum, nam & in illis potest fieri substitutio, vt supra diximus.

Dico præterea, in locum alterius, quem ante hæredem fecerat, ad differentiā institutionis, quæ non est in defectu alterius; item etiam, ad differentiā secundi, tertij, & quarti instituti: nam .s. testator, finge, fecit testamentum, & pro parte dimidia instituit Sēproninm, deinde in centū instituat Caium, & vltimo loco instituat pro altera dimidia quendam tertium, tunc iste tertius non potest inficiari, quod non sit secūdo loco institutus, non .n. potest dici substitutus, sed secundariò hęres institutus,

& hoc pacto existimo posse definiri ipsam Substitutionem.

43 Quãtum verò pertinet ad quintum caput, quod supra polliciti fuimus explicare, s. quo iure fuerit adinuenta Substitutio, qua in re Scribentes hic, & in l. Centurio, ff. eod. uaria dixerunt. Ego autem multa antiquorum dicta omittendo, & rem hanc breuius perstringẽdo, dico, quod nonnulli in eam sunt profecti sententiam, Substitutiones fuisse ex l. 12. tab. introductas, quod uolunt expresè probari per text. in l. verbis legis, ff. de verb. signif. vbi latissima erat potestas libertates dandi, legandi, & instituendi, ergo & etiam substituendi, cum substituere sit instituere.

Secunda fuit opinio Vacon. in lib. 3. declarat. iuris ciuil. declarat. . . . qui aiebat legem duodecim tabul. nullo pacto adinuenisse substitutiones: sed illarum originem emanasse ex l. Papia, tempore bellorum ciuilium, & tempore Augusti, vt est videre text. in l. vnica, C. de caduc. tollend.

44 Ego verò neutram declarationem admitto, sed opinor fuisse inuentas ante legem Papiam, & ante legem duodecim tabularum, & consequenter puto, introductas fuisse ex maioribus, & ex consuetudine testatorum, vt probabo.

Quod autem tempore legis Papiæ non fuerint adinuentæ, patet: quia Gallus Aquilius floruit ante legem Papiam, vt per Marcum Tullium multis habetur in locis; Item lex Papia lata fuit sub Augusto, vt per Riminald. in lib. bell. ciuil. & ipse Gallus ante Augustum floruit; quo stante, arguo sic: Gallus Aquilius loquitur de substitutione, ergo erant adinuenta ante legem Papiam; quod autem Gallus Aquilius loquatur de substitutione, est text. clarus in l. Gallus, de liber. & posthum. vbi nihil, quàm de substitutione loquitur.

45 Probatur secundò, quia Aristoteles condens suum testamẽtum fecit substitutiones, vt in eius vita legitur, tamen clarum est, illum multo tempore ante legem Papiam fuisse.

Quod autem non emanarint ex altero capite, s. ex lege duodecim tabularum, probatur; quia emanarunt ex affectione illa hominum, vt alter alteri benefaciat, arg. l. vt vim, ff. de iust. & iure, & videntur introductæ ex iure quodam gentium, suadente ratione, videlicet, quod tibi fieri cupis, alteri facias, & quod hoc sit verum, probatur ex præallegata l. vnica, C. de caduc. toll. vbi dicitur; sed testamentorum conditoribus grauissima erat obseruatio caducorum, ideo ne testamenta caduca fierẽt, ipsi substitutiones introduxerunt, ergo non ex l. 12. tabul. neque ex lege Papia, sed ex moribus ac hominum consuetudine ipsæ ortum suum duxere; Nec obstat text. in d. l. verbis legis, nam licèt esset latissima facultas legandi, & instituendi, de legibus 12. tabul. non tamen ex eo sequitur, quod ante non essent substitutiones introductæ.

46 Posteaquam quare fuerit adinuenta substitutio, & quid sit substituere, & an sit verbum generale, quid item sit substitutio, quove iure fuerit adinuenta, cognouimus: nunc quotuplex sit videamus; & duo esse substitutionum genera nemo est qui nesciat, est enim omnis substitutio testamentaria, aut directa, aut obliqua, seu fideicommissaria, quam Vlpian. elegantius precariam appellauit, l. quærebatur, ff. de test. milit. & prædictam diuisionem sequitur Coras. in Rubr. C. de impub. & alijs substit. nu. 18. Socin. iun. in l. Centurio, nu. 18. ff. eod. Bald. Nouell. in tract. subst. in prælud. nu. 2. & ibidem Leonius, nu. 59. & cæteri DD. communiter.

47 Directa ea est, per quam immediatè, sine alterius facto, & absq; aliqua corporalium rerum apprehensione testatori succeditur, vt inquit glos. in cap. Raynutius, de testam. & in cap. si pater, de testament. lib. sexto. Roland. in tract. de testament. in Rubr. de substit. num. 4. Fumeus, in tract. Substit. in princ. & ideo heres potest agere petitione hæreditatis, absq; eo quod illius successionem habeat, vt inquit text. in l. si ager, ff. de rei vendicatione, ratio est: quia dominium hæreditatis transit in heredem absque possessione, l. cum heredes, ff. de acquir. possess. Obliqua verò seu fideicommissaria, seu precaria substitutio ea est, per quam hæredes fieri, non nisi media alterius restitutione possumus, à quo bona accipimus cum traditione quartæ partis, l. hæredi, §. cum filiæ, ff. eod.

47 Directæ autem substitutionis secundum DD. quinque sunt species, s. vulgaris, pupillaris, exemplaris, breuiloqua, siue reciproca, et compendiosa.

Quæ diuisio est partim defectiua, partim superflua, prout etiam animaduertit Leon. in d. tract. numero 60. Est defectiua, in eo, quia omittit directam militarem, quæ est species diuersa ab alijs, de qua est tex. in d. l. Centurio, ff. eod. in l. miles ita, in l. miles etiam, in l. quærebatur, ff. de testamento milit.

Et etiam superflua, quia reciproca, & compendiosa, non sunt propriè substitutionis directæ species, & separatæ ab alijs speciebus, sed semper resoluuntur in vulgarem, aut in pupillarem, aut in fideicommissariam. Potest tamen prędicta diuisio saluari à superfluitate, si dicamus, quod etsi illæ duæ substitutiones resoluantur semper in vnam ex illis speciebus substitutionum, tamen quoad earum conceptionem, & quo ad modum, & formam, negari non potest quin sint diuersæ ab alijs, ut infra suo loco explicabimus.

Dicatis igitur, quod quatuor sunt principales species directæ substitutionis, uidelicet vulgaris, pupillaris, exemplaris, & directa militaris, reciproca verò, & compendiosa non sunt diuersæ species à prędictis, nisi quo ad earũ formam & conceptionem, de quib. singulis speciebus à nobis sigillatim pertractandum est.

48 De vulgari igitur loquuturi, illam per octo capita explicamus.

Primo, quid sit substitutio vulgaris.

Secundo, quare appelletur vulgaris, & unde.

Tertio, quotuplex sit.

Quarto, quare fuerit adinuenta.

Quinto, quibus verbis fiat.

Sexto, & quomodo intelligantur illa uerba, si hæres non erit.

Septimo, qui sint eius effectus.

Octauo & ultimo, quomodo extinguatur, & terminetur.

Quo

Quo ad primam inſpectionem, dico cõmunem eſſe definitionem, vt dicamus ſubſtitutionem vulgarem eſſe ſecundam inſtitutionem cõditionalem, ſecunda tamen fuit definjtio, de qua per Imol. in l. 1. nu. 5. ff. eod. quem ſequuntur DD. qui communiter eam ita definiuiſſe, aiunt: Vulgaris ſubſtitutio eſt directa ſubſtitutio, quæ à quolibet, & cuilibet fieri poteſt, nihil ſpecialitatis habens.

Tertia fuit Iaſ. definitio, in l. prima, ff. eod. qui dicebat: Subſtitutio vulgaris eſt ſecunda inſtitutio directa, quæ & à quolibet, & cuilibet fieri poteſt; quam definitionem ſequitur Gulielm. de Benedic. in capit. Raynutius, in verbo, ſi abſque liberis, de teſtament.

Quarta fuit Politi, in ſuo tract. Subſtit. dicentis; Subſtitutio vulgaris eſt ſubrogatio quædam hæredis in locum prioris, qui non exiſtet; quam ſequitur etiam Vocon. in loco ſupra citato, & Iaſ. in ſuo tracta. Subſtitut. Aliam poſuit Fumeus in ſuo tractatu ſubſtitution. num. 1. in ſubſtitutione vulgari.

49 Leonius etiam ſub num. 14. in tracta. Subſtitut. in cap. de vulgari, aliam tradere conatus eſt, de qua per eum ibi. Ego verò aliter definio vltra Docto. videlicèt, Subſtitutio vulgaris eſt inſtitutio, qua teſtator iure directo, vel communi, relinquit hæreditatem in locum hæredis non adeuntis; Quæ definitio probatur: quia primo dico, quòd eſt inſtitutio, quod verbum ſtat loco generis, ſecũdo dixi, iure directo, ad hoc, vt differat à fideicommiſſaria, tertio dico deinde, iure communi, ad differentiam directæ militaris, quæ transfert hæreditatem, non iure communi, ſed ſpeciali iure, vt in d. l. Centurio, ff. eod. quarto dixi hæredis, ad differentiam ſubſtitutionis pupillaris, quæ non datur in locum hæredis non adeuntis, cum per eam ſuccedatur pupillo, non teſtatori, vt per Doct. in l. 1. ff. eod. & per totum titu. ꝟ. de pupill. ſubſtit.

50 Quare autem fuerit appellata vulgaris, & vnde dicta fuerit, dico, quod Doctores multa dicunt, tamen hac in re non eſt multum elaborandum, cum nomina ponantur pro arbitrio, gratia cognoſcendarum rerum, l. ſecunda, C. de conſtituta pecunia, l. ad recognoſcendas, C. de ingen. manumiſ. vnde dicebat Coraſius in l. poſt aditam, nume. 1. C. de impuberum, & alijs ſubſtitut. quod illi, qui nominis proprij quæſtionem apponunt, aquam in mortarium infuſam piſtillo ferreo tundere videntur, vnde omiſſis ambagibus, de quibus per Polit. in tractatu Subſtitutionum, in ſubſtitutione vulgari, part. 5. nume. 1. dico, quod ſubſtitutio vulgaris ſic dicta eſt, non quia ſit directa, neque quia omnibus pateat, non etiam quia fuerit approbata, nec pariter quia fiat verbis vulgaribus, neque quia fiat verbis expreſſis, non etiam quia à quolibet fieri poſſit, vt falsò multi ex noſtratibus ſunt opinati, ſed dicitur vulgaris, quia eſt in frequenti vſu hominũm, & à teſtatoribus valdè vſitata: nam vulgare dicitur id, quod eſt plurimum vſitatum, l. ſecunda, ff. de præſcript. verbis, l. ſupellectili, ff. de ſupellectili legata, l. vulgaris, ff. de furtis. Cum igitur in frequentiſsimo hominum vſu fuerit, & latius pateat quàm ſubſtitutiones aliæ, non eſt mirum, ſi vulgaris fuerit appellata; & hæc poteſt fieri à quocumque, & cuicumque, vt per Bart. in l. prima, ff. eod. ſecùs autem eſt in alijs, quæ non ſunt tam latæ, vnde illarum reſpectu fuit dicta vulgaris.

51 Tertium principale eſt caput, vt videamus quotuplex ſit; qua in re variè Doctores loquuti ſunt, & admodum confusè; ideo ego rem hanc aliter declarandam exiſtimo, vt dicamus, quod omnis ſubſtitutio vulgaris eſt duplex; aut enim ſimplex eſt, aut compoſita.

Simplex ſubſtitutio vulgaris eſt huiuſmodi, ſi teſtator dicat; Inſtituo Sempronium, & ſi Sempronius hæres non erit, inſtituo Caium, vt in l. prima, & ibi Barto. ff. eod. & in princip. tit. noſtri.

Compoſita verò dicitur, veluti, ſi dico; Inſtituo Sempronium hæredem, & ſi Sempronius hæres non erit, vel hæres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, ſubſtituo Titium; & hæc eſt ſubſtitutio vulgaris, & pupillaris ſimul, vt per DD. in d. l. 1. ff. eod. & de hac compoſita loquitur Imperator, ꝟ. de pupill. ſubſt. in princ.

52 Rurſus, hæc ſimplex vulgaris ſubſtitutio eſt triplex, vt per Bart. in dicta l. 1. num. 7. quem ſequuti ſunt Docto. varijs in locis; quædam eſt expreſſa, quædam tacita, quædam verò eſt partim expreſſa, & partim tacita.

Vulgaris expreſſa ſubſtitutio eſt illa, quæ verbis formalibus, per teſtatorem expreſſis, fit; exemplum eſt in d. l. 1. in princ. tit. noſtri, & in l. cum proponas, C. de hæred. inſtit. Si Titius videlicet hęres non erit, Seium ſubſtituo; & hæc habet duas partes, ſeu duo continet extrema ſubſtantialia: vnum, quod refertur ad eum cui fit ſubſtitutio, alterum, quod refertur ad eum, qui eſt ſubſtitutus. Primum autem extremum negatiuum eſt, & ideò fit verbis negatiuis, videlicet, ſi hæres non erit, ſi non naſcetur, & ſimilia. Secundum autem extremum eſt affirmatiuum, & hinc eſt, quod concipitur verbis affirmatiuis, videlicèt, Sempronius hæres eſto; itaque, ſi dixero, inſtituo Titium, & ſi hæres non erit, ſubſtituo Caium, tunc includo, & primum extremum negatiuum, & ſecundum affirmatiuum, quemadmodum animaduertit Bart. in d. l. 1. nu. 17. id quod, an ſit abſolutè verum, videbimus in princip. huius tituli, in quarto notabili.

53 Item animaduertendum eſt, quod hæc ſubſtitutio vulgaris expreſſa, aut eſt quandoque generalis, ſeu vniuerſalis, aut verò particularis, ſeu ſpecifica, aut indiuidua, vt per Barto. in dicta l. prima, num. 7. & per Politum in ſuo tractatu Subſtitutionum, & per alios varijs in locis, & præcipuè per Bald. de Peruſio in dicto tract. num. 3. Roland. in tracta. de teſtam. in Rubr. de vulga. ſubſt. expreſſa, vel tacita.

Generalis, ſeu vniuerſalis eſt, veluti ſi dixero, inſtituo Titium, & Sempronium hęredes, & inuicem eos ſubſtituo, & ſic dicitur vniuerſalis, quando fit ſubſtitutio reciproca, cum illud dicatur generaliter expreſſum, quod in genere profertur, l. fin. cum ibi notatis, C. quod cum eo.

Particularis verò, ſeu ſpecifica ſubſtitutio eſt, ſi dicatur; inſtituo Caium hęredem, ſi hæres non

erit, substituo Titium; & sic illa verba, si hęres non erit, sunt verba particularia, seu specifica; quod probatur ex l. 1. ff. ad l. Cornel. de fals. §. inter filium, vbi quod specialiter exprimitur, dicitur expressum in indiuiduo.

53 In indiuiduo ergo dicitur expressa substitutio, quotiescunque aliquid exprimitur in aliquem casum specialem, & singularem, vt quando dixero; si posthumus non nascatur, Titium substituo, l. fi. C. de institt. & substit. sub cond. facta, vel si filius viuo me morietur, vt in l. Gallus, in princ. ff. de liber. & posth. vel si hęres institutus capere non potuerit, l. 2. C. de hæred. instit. tunc enim cum me restringo ad casum specialem, dicitur expressa in indiuiduo, argum. l. quod in rerum, §. fin. vbi glos. ff. de leg. 1. secus, si simpliciter dicerem, si hæres non erit, nam tunc non est facta in indiuiduo, cum possit esse, quod ipse non sit hæres, aut noluit, aut quia non potuit, & sic non me restringo ad casum singularem.

54 Tacita verò vulgaris substitutio, est illa, quæ continetur sub alia expressa, vt est, quando vulgaris continetur in pupillari expressa, vel in expressa breuiloqua, vel in expressa compẽdiosa; vt si dicat testator, Titium, Męuium, & Semptonium instituo, & eos inuicem substituo; nam ibi tacitè intelligitur, quod si vnus eorum hæres non erit, alter debeat esse; de qua loquitur tex. in l. cum in testamento, §. hæc verba, ff. de hæred. instit. Item, si dicat testator, filium meum impuberem hęredem instituo, & si decesserit in pupillari ętate, substituo Titium; vel Titius hæres esto; tunc hęc appellatur tacita vulgaris, quæ continetur sub expressa pupillari.

55 Vulgaris substitutio partim expressa, & partim tacita est, si testator instituto Titio dicat, si Titius hæres esse noluerit, instituo Caium: nam hæc substitutio habet duos casus; Primus, si Titius esse noluerit; Secundus, si Titius esse non potuerit; vndè, quantum attinet ad caput voluntatis, dicitur expressa; quantum verò ad illud quod respicit impossibilitatem, dicitur tacita; ita firmant DD. communiter, in d. l. 1. ff. eod. vbi Bart. num. 9. Polius, Bald. Nouell. Fumeus, & Leonius, in tractatu subst. in substitutione vulgari.

56 Si autem quæratis ex me de eo quod quarto loco sum pollicitus, quare scilicèt hæc substitutio fuerit adinuenta, non insistendo, dico introductam fuisse ad hoc, vt vnicuique liceat de bonis suis ad libitum disponere, l. 1. C. de sacrosanct. eccles. l. 1, in princ. ff. ad l. Falcid. per rationem, de qua in l. verbis legis, de verb. signif. vbi ex lege duodecim tabularum fuit data facultas instituendi, legata relinquendi, & libertates dandi; & tandem fuit inducta ad hoc, vt magis voluntates defunctorum effectum sortiantur, quæ pro lege seruandæ sunt, §. disponat, in Auth. de nupt. l. fin. C. de fideicomm. l. hac consultissima, §. at cum humana fragilitas, C. qui testam. fac. poss.

Fit autem hæc substitutio vulgaris verbis specificis, & expressis, de quibus in l. 1. in princ. ff. eod. cuius rei exemplum posuimus suprà, dum de vulgari expressa loquebamur.

57 Quantum verò pertinet ad sextum quæsitum, quomodo scilicèt intelligantur, & interpretentur illa verba, scilicèt, Si Haeres Non Erit. Ego opinor tres casus statuendos esse.

Primus est, quando testator sciebat conditionem instituti, videlicèt, quando sciebat illum esse liberum, vel seruum.

Secundus casus est, quando testator errabat circa personam instituti, quia putabat illum liberum, cum seruus esset, vel è cõtra putabat seruum, cum esset liber.

Tertius & vltimus est casus, quando incertum est, nunquid testator sciuerit conditionem instituti, an verò in ea errauerit.

Circa primum casum, quando testator instituit eum, quem ipse testator sciebat esse liberum, tunc illa verba, si hęres non erit, per quæ vulgariter illi substituit, interpretantur si ipse non sit hæres, ad sui ipsius commodum adeundo; vel mutata conditione alium hæredem non fecerit, puta, quia monasterium ingrędiatur cui acquiratur, Auth. Ingressi, C. de sacrosan. eccles. Vel, quia se dederit in arrogationem alterius, vel seruus efficiatur, & domini, aut patris arrogatoris iussu non adeat; his enim casibus substitutus admittitur ex illis verbis, quæ in eis verbis semper verificantur; sicuti pariter, in illis singulis deficeret substitutio, si in aliquo ex eis institutus adiret hæreditatem; quorum verborum expositio probatur ex l. si pater familias, in ver. atqui, ff. de hæredibus instit.

Quando verò instituit illum, quem sciebat esse seruum, tunc illa verba hanc recipiunt interpretationem, videlicet, si ei in cuius est potestate non acquirat, vel sibiipsi, si contingat illum esse liberum, ita probat mihi text. in §. fin. infra eod. tit. nostro, in dicta l. si pater familias, uersic. nam qui scit.

Secundo uerò casu, quando testator errauit circa cõditionem instituti, putans eum liberum, cum esset seruus, tunc illa uerba, si hęres nõ erit, interpretantur, quod si ipse non adeat hæreditatem, substitutus admittatur; ita probat text. in l. cum proponas, C. de hæredib. instituend.

Sed contra hoc urget text. in dicta l. si paterfam. ff. eod. quæ vult, quod in hoc casu substitutus non admittatur in totum, sed in partem, ideo pro reconciliatione istarum legum dicendum est; aut constat testatorem noluisse alium effici hæredem per seruum institutum, & tunc institutus excludunt, & substitutus in totum admittitur; & ita procedat textus in l. cum proponas; si uerò uoluit etiam alium effici hæredem per illum quem putabat liberum, tunc si ipse seruus adiuit hæreditatem iussu domini, vel patris arrogatoris, tunc substitutus in totum excluditur; Si verò non apparet quid senserit testator, an scilicèt voluerit per illum institutũ alium effici hæredem, tunc substitutus admittitur vnà cum instituto; & ita procedit text. in d. l. si paterfam. & text. in dicto §. fin. infra eod. tit. nostro.

Quando verò errat testator circa conditionem instituti, è cõuerso, quia putabat illum esse seruum, cum esset liber, tunc illa verba (si hæres non erit) interpretantur, quod ipse institutus sibi ipsi quęrat,

si ve-

ſi velit adire excluſo omnino ſubſtituto, ratio eſt; quia ſi illum inſtituit credens eſſe ſeruum, multo magis credendum eſt, illum hoc idem facturum fore, ſi eum liberum ſciuiſſet.

Tertio autem caſu, quãdo ſcilicèt incertum eſt, an teſtator ſciuerit conditionem inſtituti, an ſuper ea errauerit, concludendum eſt pro ipſo teſtatore, quem credendum eſt in dubio non erraſſe, niſi expreſsè contrarium appareat; ſi verò appareret illum erraſſe, dicendum eſt vt ſuprà, quod admittatur in partem; De veritate autem huius quæſiti, pertractabo ego in §. fin. infra eod. tit. vbi plenius dicam de intellectu iſtorum verborum.

58 Effectus autem ſubſtitutionis vulgaris plures recitantur per Politum, & alios DD. in tract. ſubſtit. part. ſexta, & per Leonium num. 113. ego autem vrgentiores tantum referam.

Primus eſt, quia hæc vulgaris facta per patrem filio ſuo impuberi, & in poteſtate exiſtenti, porrigitur etiam ad caſum pupillaris ſubſtitutionis, ſi contingat filium ipſum adita iam hæreditate decedere in pupillari ætate, pro quo facit text. in l. iam hoc iure, ff. de vulg. & pupill. & in l. 2. §. fin. ff. eod. l. quamuis, C. de impub. & alijs ſubſtit.

Secundus eſt effectus, quia per vulgarem ſubſtitutionem factam filio ſuo, tollitur ſuitas, vt per Bart. in l. 1. ff. eod. in quinto effectu.

Sed quoniam hoc non tranſit ſine difficultate, ideo de veritate huius dicti vos reijcio ad tradita per DD. in d. l. 1.

Tertius eſt effectus vulgaris ſubſtitutionis, quia ipſa impedit ius accreſcendi, quod inter cohæredes locum habere ſolet, l. 1. C. quand. non pet. part. pro quo eſt text. in l. 1. §. 1. C. de caduc. toll. Auth. hoc amplius, C. com. de legat. ratio eſt: quia qui venit per ius accreſcendi, non dicitur venire ex expreſſa diſpoſitione teſtatoris, ſed ex tacita, imò ex legis diſpoſitione, l. ſi in teſtamento, ff. eod. & in defectum voluntatis teſtatoris, ne pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus decedat, contra l. ius noſtrum, ff. de regul. iur. quæ omnia ceſſant, quando eſt datus ſubſtitutus.

Quartus & vltimus eſt effectus, quod ſi ſubſtitutio vulgaris facta fuerit in vnum caſum ſingularem, intelligitur etiam facta, & in alium caſum, puta, ſi teſtator inſtituat Sempronium, & ei ſubſtituat per illa verba (ſi hæres non erit) intelligitur non ſolum quando noluerit, ſed etiam quando in alium caſum ſubſtituiſſe videtur, ſi adire non potuerit, ſecundum opinionem communem, de qua teſtatur Politus, in d. tract. in ſexta parte vulgaris ſubſtitutionis, num. 1.

59 Vltimo loco videndum reſtat, quomodo hæc ſubſtitutio vulgaris ſpiret; & dicatis, quod ipſa extinguitur, per hæreditatis aditionẽ, vulgata l. poſt aditam, C. de impube. & alijs ſubſtit. l. ſi quis filiũ, ff. de acquir. hæred. Vndè, ſi poſt aditam hæreditatem, & mortuo ipſo hærede ſubſtitutus velit ſuccedere, nõ eſt audiendus, cum per aditionem ceciderit ab omni iure ſuo, imò hæreditas deuoluitur ad hæredes ipſius inſtituti, & hæc ſint quo ad vulgarem ſubſtitutionem; reliqua verò explicabuntur in interpretatione huius tituli, in princip.

60 Secunda, ac principalis ſubſtitutionis directæ ſpecies, & ſubſtitutio pupillaris, quam etiam per octo capita explicare conabor.

Primo, quid ſit ſubſtitutio pupillaris.

Secundo, quo iure ſit inuenta, & quare.

Tertio, vnde dicatur pupillaris.

Quarto, quotuplex ſit.

Quinto, quibus verbis concipiatur.

Sexto, quæ requirantur ad illam introducendã.

Septimo, qui ſint illius effectus.

Octauo & vltimo, quomodo, & quando ſpiret, & terminetur.

Circa primum caput ſciendum eſt, varias fuiſſe Doctorum definitiones, & vnam poſuit Zaſi. in ſuo tracta. ſubſtit. num. 1, aliam Fumeus, in dicto tracta. in princip. aliam Lancel. Polit. in d. tractatu, num. 1. quarta fuit Leonij in ſuo tract. num. 7. quas omnes, tanquam non difficultate carentes, ſilentio inuoluendas exiſtimaui.

Ego igitur miſſis aliorum definitionibus, ſic definio, Pupillaris ſubſtitutio eſt inſtitutio, qua pater bona ſua, vel filij, reliquit, vel relinquere intelligit, ei qui ſuccedit in locum hæredis impuberis, vel exhæredati, & in impubertate exiſtentis & tempore impubertatis decedẽtis; Dico primo loco bona ſua, vel filij, ad differentiam vulgaris, quæ non fit de bonis alterius. Secũdo, in ea dico, reliquit, vel relinquere intelligitur, vt comprehendat breuiloquam, & compendioſam, l. iam hoc iure, ff. eod. Tertio dixi, ei qui ſuccedit in locum impuberis hæredis, vel exhæredati; quia olim mala mente poterat filius exhæredari, hodie verò non poteſt, niſi ex cauſa, vt ſupra diximus, in tit. de exhær. liber. Quarto dixi, & in impubertate exiſtentis, quia pupillaris fit minori, non emancipato, vt in l. 3. ff. eod.

61 Quonam autem iure fuerit inuenta hæc pupillaris ſubſtitutio, & quare, dico, quod gloſ. in l. 2. in verbo, moribus, & ibi Bart. ff. eod. & cæteri DD. communiter, voluerunt illam fuiſſe adinuentam, non ex iure ſcripto, vt teſtatur Socin. iun. in d. l. 2. nu. 32. ſed ex more, & ex conſuetudine Lacedemoniorum, vt per Vaconium in lib. 4. Declarat. iuris ciuil. in declaratione ... de quo iure non ſcripto loquitur text. ſupra, & non ineleganter, de iure nat. gent. & ciuili. Probatur ex d. l. 2. ibi, moribus ſuit hoc introductum; ad idem eſt text. infra, de pupill. ſubſtit. in fine princ.

Alij verò opinati ſunt illam fuiſſe inductã ex iure non ſcripto Romanorum, non autem Lacedemoniorum; quam opin. tenet Polit. in d. tract. ſubſtitutionum, num. 1. Corraſius in l. in teſtamento, C. de impub. & Æmil. Ferrett. in d. l. 2. ff. eod. vbi Cuma. & Socin. iun. nu. 32. eandẽ tenent. in quorum etiam opinionem profectus eſt etiam Leonius in ſuo tract. Subſtit. nu. 21. quorum opin. ego quoque libenter amplector.

Et primo pro hac moueor: nam iura, quæ dicũt eſſe inuentam moribus, aut dicunt ex more maiorum, & tunc res eſt expedita, quod non ſit de iure Lacedemoniorũ, argum. l. more, ff. de feri. l. libertinus, ff. de ritu nupt. l. 3. ff. de donat. inter vir. et vxor. nam appellatione maiorum, Romani propriè continentur; ſi verò iura dicunt ſimpliciter, ex moribus tan-

bus tantum, aut ex consuetudina, nec dicunt maiorum, tunc etiam dico, quod non adiecto nomine loci intelligitur Romanorum, per quandam antonomasiam, §. sed ius quidem ciuile, supra, de iure nat. ergo à sufficienti partium enumeratione arguẽdo, l. patre furioso, ff. de his qui sunt sui, vel alieni iur. dicendum est, illam esse introductam de iure non scripto Romanorum.

62 Stante hoc, quod scilicet illa sit inducta ex iure non scripto Romanorum, inferunt Lancell. Socin. iun. Leon. & alij, ad quæstionem, videlicèt, an hodie dicatur ex iure non scripto, seu consuetudinario, an verò de iure scripto, ex quo hodie Romanorum ius est scriptum; & Bart. fuit in ea opin. quod etiam hodie substitutio pupillaris constet ex iure consuetudinario; quam opin. tenuit Bald. & Alexand. vt refert Ias. in d. l. 2. quæ probatur: nam licèt sit illa consuetudo Romanorum redacta in scripturam, tamen ipsa scriptura nihil ei addit, l. cũ res, C. de probat. l. pignoribus, C. de pignor. & hypothec, sed remanet consuetudo, arg. eorum quæ habentur per Cyn. in l. 1. ff. de legib.

Contrariam tamen opin. tenuerunt Dyn. & Salicet. in d. l. in testamento, C. de impub. Cuman. & Ias. in d. l. 2. ff. eod. vbi etiam Socin. Eandem sequuti sunt Leonius, & nõnulli alij, in d. tract. Substit. num. 32. per ea, quæ ipsi deducunt in locis prçallegatis, mihi verò semper placuit opin. Polit in d. tractat. quod hodie substitutio pupillaris possit dici, & de iure consuetudinario, respectu suç originis, & etiam de iure non scripto, ex quo illa consuetudo fuit demum per legumlatores approbata, non aliter insisto super hoc; Si nũc ex me quæratis, qua ratione fuerit introducta, dico, hoc factum esse fauore pupilli, l. si pupillus, ff. de acquit. hæred. nam cum pupillus in ea sit ætate, vt sibi ipsi testamentum facere non possit, l. qua ætate, ff. de testamen. prouisum est à lege, vt pater pro filio faceret testamentum, vt inquit Imperator, infra, de pupill. substitut. de quo lex multum confidit, l. fina. C. de curat. furio.

63 Tertio loco videndum est, vnde dicatur substitutio pupillaris; & facilis est huius rei inuestigatio, cum dicta sit popillaris, eo quia fit ipsis pupillis, vt per Polit um, Zasium, & per Leonium, in d. tract. sobstit. vt probatur in l. in pupillari, in l. ex facto, ff. eod. tradit Corras. in l. in testamento, C. de impub. & alijs subst. & DD. communiter, in l. 2. ff. eod.

Sed certè hoc commune dictum videtur esse falsum, nam hac de causa non deberet dici pupillaris, cum ipsa non fiat pupillo; quod autem & non fiat, probatur: nam pupillus dicitur ille, qui desinit esse in potestate patris per emancipationem, l. pupillus, ff. de verb. signif. glos. est in verbo pupilli, in princ. tit. supra quib. mod. tut. finit. sed quando pater substituit minori, prçsupponimus nos eum esse in potestate ipsius, ergo non est pupillus, et per consequens non debet dici pupillaris.

Respondeo, quod intelligitur esse in potestate patris, cum hoc inficiari non possit: tamen dico, quod ille, qui est in potestate, latè sumpto vocabulo dicitur pupillus; hoc patet ex glos. fina. in l. pupillus, de verb. signif. text. est in l. si infanti, C. de iure delibor. & glos. ibi, in verbo, eum.

Secundo respondetur, quod si pater filio impuberi substituat, licèt pater viuat, nihilominus dicitur pupillus inspecto præsenti statu: nam ex antiquorum significatione pupillus dicitur pupullus, idest puerulus, seu paruus puer, & hac de causa ipsa substitutio videtur fieri pupillo, vt per Alciat. in d. l. pupillus, de verbor. signif. & per Laurentium Vallam, lib. quarto Elegantiarum.

64 Quantum verò attinet ad quartum quæsitum, videlicet, quotuplex sit hæc substitutio pupillaris; & glos. in §. 1. infra, de pupill. dicit, quod est duplex, scilicèt, expressa, & tacita, quam sequitur Bart. in d. l. 2. ff. eod. sequitur Zasius, in tract. Substit. in princ. Sed melius est si dixerimus illam esse triplicem, videlicèt, expressam, tacitam, & partim expressam, & partim tacitam, quemadmodum tenet Bald. de Perus. in tract. substit. in Rubr. de pupilla. num. 21. Fumeus ibi, num. 48. & eandem diuisionem sequuti sunt Barthulomeus de Veio in tract. Substit. in Rubr. de pupill. nu. 13. & Leonius in d. tract. num. duodecimo.

65 Pupillaris expressa dicitur, quæ fit verbis expressis, ac formalibus, vt si testator dicat, instituo filium meum impuberem, & si hæres erit, & in pupillari ætate discesserit, Titius hæres erit.

Pupillaris tacita est illa, quæ tacitè continetur in vulgari expressa, aut in breuiloqua, aut in compendiosa expressa, vt si dicat testator: instituo filiũ impuberem, & si hæres non erit, substituo Caium, & hæc est tantum vulgaris, scilicèt, si hæres non erit; tamen sub hac vulgari expressa continetur tacita pupillaris: nam perinde est, ac si fuerit dictum; & si hæres erit, & moriatur in pupillari ætate, talis sit hçres. Exemplum in breuiloqua ponitur, quando dico: instituo duos filios meos impuberes, et eos inuicem substituo, quo in casu est tantum breuiloqua, tamen sub illis verbis continetur tacita pupillaris, scilicèt, si hæredes erunt, & morientur in pupillari çtate; Continetur etiam sub compendiosa, si dicatur: instituo filium meum impuberem, & quandocumque decedat, substituo Caium, vel Caius hæres sit, tunc sub hac verborum conceptione comprçhenditur tacita pupillaris, scilicèt si decesserit in pupillari çtate.

66 Pupillaris partim expressa, & partim tacita, dicitur illa, cuius exemplum est in l. fin. C. de instit. & substit. vbi illa substitutio, si posthumus non nascatur, verificatur etiam in alio casu, videlicèt, si posthumus natus fuerit, & impubes decesserit, exemplum est etiam in l. iam hoc iure, ff. eod. quando testator facit vulgarem expressam si institutus hæres non erit, & veniat casus, quod ille hæres sit, & postea in pupillari ætate decedat, licèt enim verba per testatorem expressa non contineant casum istum, tamen lex ipsa interpretatur mentem testantis, quod si casum hunc cogitasset, ità fuisset dispositum, vt est casus in d. l. 2. §. fin. ff. eod. & in l. hæreditatem, & in l. quamuis, C. de impub. & alijs substit. Videtis ergo, quod triplex sit hæc substitutio pupillaris; vnum tamen nõ ommitto, quod hoc est verum habito respectu ad conceptionem

verborum, quæ continet & expreſſam, & tacitam pupillarem, ſed quoad caſum bene eſt duplex, nempè, aut tacita, aut expreſſa, quia ſemper quomodocumque fiat, & per quæcunque verba, in vnum caſum tantum confertur, ſcilicet ſi intra pupillarem ætatem deceſſerit, ideo alium caſum comprehendere non poteſt, quia non eſt, vt per Bald.d.nu.21. quemadmodum declarant etiam DD. ſuperius citati, licèt Leonius in d.tract. ſub num. 14. ſit in ea opinione, quod nec etiam reſpectu conceptionis verborum ſit triplex; quod dictum nos non admittimus, vt infra dicemus in prin. de pupill. ſubſtitut.

67 Quintum verè ſuccedit caput, vt videamus quibus verbis concipiatur hæc ſubſtitutio pupillaris; vndè dicatis, quod concipitur regulariter per hæc verba: Inſtituo filium impuberem, & in poteſtate conſtitutum hæredem, demum ſubijciuntur illa verba pupillaris ſubſtitutionis, hoc modo; ſi filius meus mihi hęres erit, & poſtea in pupillari ętate deceſſerit, ſubſtituo Caium, vt in l.1.§.1.ff. de vulg. & pupill. & in princ. tit. J. de pupill. & hęc conceptio eſt facta per verba omninò affirmatiua, poteſt etiam fieri per verba negatiua, quando pater ita dixerit: Si filius meus non fiat maior quatuordecim annis, aut ſi non efficietur pubes, ſubſtituo & poſſent etiam plures formulę verborum recenſeri, quib. poteſt concipi hæc ſubſtitutio; quas omnes latè proſequitur Politus, in d.tract. ſubſtitut. num.10. & poſt eum Leonius ibi, ſub num.40. inferentes ad plures, & pulcherrimos caſus in quibus dubitatur, an dicatur facta ſubſtitutio pupillaris, necne; ad quorum traditiones vos reijcio, cum & nos infra in tit. de pupil. latius ſimus de hac ſubſtitutione loquuturi.

68 Ad hanc autem pupillarē ſubſtitutionem introducendam, gloſ. in d.l.2. in princ. præfert quinque requiſita, quibus tamen Bart. ibi addit alia tria, ita, quod octo requirantur, Cuius opinionē ſequuntur Zaſius, in d.tract. Subſtit. in quinto quæſito. Politus ibi, in ſeptimo quæſito, num.61. & cæteri DD. in d.l.2.

Primum eſt requiſitum, quod ille cui fit ſubſtitutio pupillaris, ſit de liberis, d.l.2. in princ. ff. de vulg. & pupill. & infra in princip. tit. de pupill. ita quod non ſolum comprehendantur filij primi gradus, ſed etiam alij vſque in infinitum, cum veniant liberorum appellatione, vt ſunt nepotes, pronepotes, & vlteriores, l. liberorum appellatione, de verbor. ſignif. l. ſed ſi hac, §. liberos, ff. de in ius vocan. Quod dictum ampliatur etiam in legitimis tātum, prout ſunt adoptiui, & arrogati, l. ſi arrogato, ff. de adopt. l. ſed & ſi plures, §. in arrogato, ff. de vulg. & pupill. quæ iura volunt arrogatū ſubſtitui poſſe. De adoptiuis etiam ſunt iura manifeſta, hanc ſubſtitutionem permittentia, dummodò ſint adoptiui, ſecundum diſtinctionem de qua in §. ſed hodie. ſupra, de adoption. & in l. cum adoptiuis, C. de adoptionib.

Secundo ampliatur in legitimatis per ſubſequēs matrimonium, cum illi dicantur verè filij, l. cum quis, cum l. ſequenti, C. de natur. liber. §. fin. ſupra, de nupt. Auth. quib. mod. natural. eff. ſui, §. ſi quis igitur; Et hoc etiam ſibi locum vendicat ſi fuerint legitimati per Reſcriptum Principis, d.§. fi. ſupra, de nupt. d. Auth. quib. mod. natural. eff. ſui, §. ſi quis ergo filios legitimos.

Limitatur hoc non procedere in naturalibus tantum, cum non ſint in poteſtate patris, vt in prin. de patr. poteſt. l.3. ff. de his qui ſunt ſui vel alieni iuris.

69 Secundum eſt requiſitum, quod ille cui fit ſubſtitutio pupillaris ſit impubes, id eſt minor 14. annis ſi eſt maſculus, ſi fœmina, ſi minor 12. vt ſupra quib. mod. tut. fin. in princ. l.2. ff. de vulg. & pupill. & durat hæc ſubſtitutio, quouſq; finiatur, & compleatur totus annus 14. vel 12. nec ſufficit annum fuiſſe cęptum, l. qua ætate, ff. de teſtam. d.§.1. ſupra quib. mod. tut. finit.

Tertium eſt requiſitum, quod ſit in poteſtate patris, nam emancipatis pupillariter ſubſtitui non poteſt, cum emancipatio ſit de iure ciuili, ſecundum quod emancipatus habetur pro extraneo, §. emancipati, ſupra, de exhęred. liber. §. emancipati, infra, de hæred. quæ ab inteſt. defer. Probatur hoc requiſitum in d.l.2. ff. eod. & in princip. tit. noſtri; hinc fit, quòd auus maternus, mater, & auia, non poſſunt pupillariter ſubſtituere, quia liberos in poteſtate non habent, §. fœminę, ſupra, de adopt. §. cęteri, infra, de hęred. qualit. & differ. §. mater, ſupra, de exhæred. liber. l. illud, §. ad teſtamenta, ff. de contratab. Nec etiam pater hæreticus poterit ſubſtituere, cum deſinat habere liberos in poteſtate, cap. 2. §. fin. de hæretic. lib. ſexto; dixit Zaſius in tract. de Iudæis.

70 Quartum eſt requiſitum, quod ille cui fit ſubſtitutio pupillaris, non deſierit eſſe in poteſtate ante mortem teſtatoris, alioquin irrita remaneret ſubſtitutio, l. cohæredi, ff. eod. §. cum filio, quod declaratur procedere, ſi per adoptionem vel per emancipationem deſineret eſſe in poteſtate, ſecus autem, ſi illud contingeret propter adeptam dignitatem: quia tunc omnia iura ſibi illęſa remanerent, licèt patria poteſtas diſſoluatur, vt eſt tex. in §. illud quoque, in Auth. conſt. quæ de dignitat.

Quintum eſt requiſitum, quod ille cui ſubſtituitur, efficiatur ſui iuris per mortem ſubſtituentis, & non ſit recaſurus in ſui patris poteſtatem per mortem aui, aliàs, ſi eſt recaſurus, non valeret teſtamentum: ratio eſt, quia ipſe mortuo auo non efficitur ſui iuris, d.l.2. in princ. ff. eod.

Limitatur hoc non habere locum in milite: nam auus miles poteſt ſubſtituere nepoti pupillo recaſuro in poteſtatem ſui patris, l. cum filiusfamil. de milit. teſt. l. fin. C. de milit. teſtam.

71 Sextum eſt requiſitum, quod pater ſibi facit teſtamentum, alioquin non poſſet pupillariter ſubſtituere, vt eſt text. in d.l.2. §. quiſquis, & §. prius, ff. eod. l.1. in fine, eod. §. liberis, infra de pupill. ſubſtit. quod tamen fallit in milite, d.l.2. & in l. miles ita, § fin. & in l. in fraudem, §. ſi quis, de milit. teſtament.

Septimum eſt requiſitum, quod teſtator inſtituat, aut exhæredet nominatim filium, aliàs teſtamentum non valeret, d.l.2. verſ. ſed eos; ratio eſt: quia propter præteritionem, teſtamentum eſſet irritum, vt ſupra in princ. de exhæred. liber. l. inter

cætera,

cætera, ff. de liber. & posth. Illud autem quod dicitur de exhæredatione, hodie non habet locum, ex quo exhæredatio fieri non potest absq; iusta causa, vt in Auth. Vt cum de appell. cognosc. §. aliud quo qua capitulũ, quæ ingratitudinis causa in impubere non præsumitur, l. 1. §. pen. C. de falsa moneta, l. si quis in suo, §. legis veteris, C. de inoff. testament. quod verum est, nisi esset doli capax, vt est is qui est pubertati proximus, vt per glos. in §. nõ solum, infra, de pupill. substit. facit pro hoc l. excipiuntur, ff. ad S. C. Syllania.

72 Octauum, & vltimum requisitum est, quod ex testamento substituentis adeatur hæreditas, d. l. 2. §. 1. vers. adeo, & in l. sed si plures, §. si ex asse, ff. eod. nam si non adeatur, omnia scripta in testamento corruunt, l. si nemo, ff. de testam. tutel. quod tamen fallit in milite, qui potest facere substitutionem absque suo testamento, d. l. miles ita, §. fin. ff. de testam. milit. An autem sint octo, aut tantum sex virtualiter, dicam in princip. infra, de pupill. substit. Hæc autem requisita latissimè explicant Politus, & Leonius, in dd. eorum tract. de substit. qui longiora quam par esset ediderunt commentaria, & nos nonnulla dicemus infra, de pupill. substit. in princip.

73 Quantum pertinet ad septimum caput, quales scilicet sint effectus istius substitutionis dicatis, ꝙ primus est effectus, quod hæc substitutio pupillaris continet vulgarem, ita dicit Bart. quem secuti sunt alij communiter, in d. l. 2. ff. de vulg. & pup. per l. iam hoc iure, ff. eod. de communi restatur Socin. iun. in d. l. 2. num. 86. licèt Politus solus in d. tract. in octaua quæst. pupill. substit. teneat contra omnes, sed illum reprobant Socin. in d. l. 2. nu. 87. & Leon. in suo tract. num. 200.

74 Secundus est effectus, quia per hanc substitutionem pupillarem, succedit substitutus, nedum in bonis testatoris, sed etiam in bonis proprijs ipsius impuberis si habeat, l. sed si plures, §. ad substitutos, ff. de vulg. & pupill.

Tertius est effectus, quod hæc substitutio pupillaris excludit matrem ipsius pupilli, quod etiam ampliatur procedere, non solum quando esset substitutus alius filius, sed etiam extraneus, l. precibus, C. de impub. et alijs substit. l. Papinianus, §. sed nec impuberis, ff. de inoff. testam. quæ iura probant in generalitate ipsorum.

Quæ conclusio altissima est, & nos etiam suo loco infrà eam explicabimus.

75 Quartus est effectus, quia pater faciendo hanc substitutionem, potest facere, quod pupillus habeat hæredem suum, & necessarium, vt in l. secunda, §. prius, l. sed si plures quos possum, ff. de vulg. & pupill. & in l. si pupillus, in princ. vers. quod in fratre, ff. de acquir. hæred. Quod est admodum notabile, vt pupillus, qui non habet, nec habere potest filios, in quibus consistat hæc qualitas suorum hæredum, vt in §. sui, de hæred. qualit. & differ. possit tamen habere suos hæredes; Istud tamen contingit virtute patriæ potestatis, quam in illum habet pater eius.

Adsunt autem, & quam plurimi alij effectus, quos cumulant & latius declarant DD. in d. l. 2. & Politus, Zasius, & alij, in tract. Substit. & Rolandin. in d. tract. in Rubr. de pupill. substit. numero 7. & 10.

76 Vltimũ est caput, quod pertinet ad interitum ipsius pupillaris substitutionis, ideo sciendum est, quod pluribus modis finitur hæc substitutio, &

Primo finitur ex persona ipsius impuberis, cui est substitutio facta; & hoc euenire pluribus modis potest; Primò, quia ipse efficiatur pubes, §. qua ratione, in fine, & in §. masculo, infra, de pupill. l. in pupillari, ff. eod. Secundò, si ipse exiret de potestate testatoris, & vltra nõ reuertatur, l. cohæredi, §. cum filio, ff. de vulg. & pupill. Tertiò, si viuo adhuc testatore substituente recidit in potestatem alterius, l. 2. in princ. in vers. nepotibus etiam, ff. eod. Quartò finitur pupillaris substitutio ex persona impuberis, si quidem ipse patiatur capitis diminutionẽ, etiam minimã, vt puta, si fuerit arrogatus ab aliquo, l. nec ei, §. eorum, ff. de adoption.

Secundò principaliter finitur pupillaris substitutio ex persona testatoris, vt si testator propter delictum fuerit deportatus, aut factus seruus, quibus casibus omninò testamentũ fit irritum, & sic etiam substitutio, l. si quis filio exhæredato, §. irritum, ff. de iniusto rupto. Item, si post factam substitutionem pupillarem, aliud facit testamentum, l. si quis cum, §. fin. ff. eod.

77 Tertiò principaliter finitur, ex persona eius, qui fuit substitutus, vt si contingat viuo testatore decedere, imò, etsi etiam illo mortuo, viuo tamen pupillo decedat substitutus, expirat, nec transmittitur ad hæredes, l. sed si plures, in princ. ff. eod. Secundo finitur ex parte substituti, si ipse substitutus intentauerit bonorum possessionem contra tab. contra testamentum substituentis, l. is qui contra tab. ff. de vulg. & pupill. tertio finitur, si forte tempore mortis pupilli reperiatur incapax substitutus, vel per deportationem, vel per aliam causam, l. si is qui hæres, ff. eod.

Quartò principaliter finitur hæc pupill. substitutio ratione ipsius dispositionis, vt quia per testatorem fuerit ad breuius tempus quàm pubertatis restricta ipsa substitutio, illo enim tempore adueniente spirat, l. si ita quis, & l. qui plures liberos, in prin. ff. eod. Potest ergo illam restringere in tempus pubertatis, licèt non possit illam vltra tempus illud protrahere, l. in pupillari, l. verbis ciuilibus, ff. eod. tit. §. masculo, infra, de pupill. l. precibus, C. de impub. & alijs substit. & in l. ex facto, §. item quarto, ff. eod.

Quinto & vltimo finitur hæc substitutio pupillaris per multos alios modos extrinsecus superuenientes, primo, quia hæreditas non fit adita, d. l. 2. §. adeo, l. sed si plures, §. si ex asse, ff. eod. secundo si posthumus testatori nascatur, qui erat præteritus, l. 1. C. de posth. hæred. instit. l. 3. in princ. ff. de iniusto rupto, §. posthumo, supra, de exhæred. liber. tertio & vltimo, si alius filius testatoris, frater impuberis, qui esset exhæredatus intentata querela aduersus paternum testamentum, illud euerteret in totum, secùs verò esset, si in partem, tex. est in l. Papinianus, §. sed nec impuberis, ff. de inoff. testam. l. institutione, ff. eod. tit. de vulg. & pup. Plura

circa interitum huius ſubſtitutionis referuntur per Lancell. Politum, Leon. & alios, in d. tract. ſubſtit.

78 Sequitur in ordine tertia principalis ſpecies directæ ſubſtitutionis, quę appellatur exemplaris, de qua in tribus tantum locis fit mentio, quos adnotauit Fumeus in tract. ſubſtit. in princ. & Bald. de Peruſ. in d. tract. ſubſtit. quos proſequitur ibi Leon. primus eſt in l. ex facto, ff. de vulg. & pup. ſecundus eſt in l. humanitatis, C. de impub. & alijs ſubſt. tertius eſt in §. qua ratione, infra, de pup. ſubſtit. Pro huius ſpeciei explicatione, ego vndecim capita pręmitto, quæ latè proſequuntur Doctores.

Primo, videndum eſt, quid ſit ſubſtitutio exemplaris.

Secundo, quare, & vnde ſic appelletur.

Tertio, quo iure ſit inducta, & quare.

Quarto, quotuplex ſit.

Quinto, quibus fiat.

Sexto, qui poſſint hanc ſubſtitutionem facere, & an omnes poſſint in ea ſubſtitui.

Septimo, quibus verbis fiat.

Octauo, quę requirantur ad hanc ſubſtitutionē.

Nono, qui ſint eius effectus.

Decimo, in quibus differat à pupillari.

Vndecimo & vltimo, quomodo finiatur.

79 Redeundo ad primum, dico, quod varijs modis definitur per DD. quorum definitiones ſunt potius deſcriptiones, vt videre licet ex traditis per Zaſ. in §. qua ratione, infra, de pupill. ſubſtit. & per Politum, in ſuo tract. Subſtit. num. 1. de hac loquentes, ideo omnibus omiſſis, ego ſic definio ſubſtitutionem exemplarem. Subſtitutio exemplaris eſt inſtitutio directa, quæ fit à parentibus liberis pubetibus furioſis, vel alio vitio detentis.

80 Secundo quæro, vnde, & cur ſic appelletur exēplaris ſubſtitutio? Reſpondeo, quod ita vocatur, ex eo quia eſt inducta ad exemplum pupillaris, vnde ſicuti patri permittitur ſubſtituere filio impuberi, ita filio furioſo, & mente capto, quam reſponſionem ſequuntur Zaſius, Politus, Leonius, & cæteri DD. in dd. tract. de ſubſtit. de communi teſtatur Bald. de Peruſ. in dicto tract. num. 1. de exemplari ſubſtit.

Sed cōtra hoc ego oppono, quia exemplarium, vel exemplar dicitur illud, vnde ſumitur, & ſumptum ex eo dicitur exemplarum, vt in l. prima, §. ſi quis in duobus, ff. de ſec. tab. & l. 2. ff. de fide inſtr. vndè attenta hac ratione ſupradicta, deberet dici exemplata non autem exemplaris.

81 Reſpondeo & ſoluit Guliel. de Cuneo in Rubr. C. de inſtit. & ſubſtit. ſub cond. fact. quod hoc eſt nomen magiſtrale, ideo de eo non eſt curandum, nec in eo eſt facienda aliqua vis, cum hæc nomina ponantur ad placitum, vt per DD. & gloſ. ff. ſoluto matrimon.

Secundo ſoluit contrarium prædictum Bartholomęus de Nucio in d. tract. Subſtit. in ſubſtit. exēplari, quod ibi in prællegatis iuribus agitur, quando vna ſcriptura, eſt exemplata ad aliam: hic loquitur, quando vna res ad alterius exemplum fit, quod non eſt idem, & ſic quia vtrumque eſt principale, poſſumus eam vocare exēplarem, & exemplatam, quam ſolutionem ſequitur Leon. in dicto tract. ſubſtit. num. 7. loquens de hac ſubſtit.

Ego verò contrarium exiſtimo, quod non dicatur, nec exemplaris, nec exemplata, nam exemplata eſt nomen barbarum, & apud omnes Latinæ linguæ authores non reperitur hoc nomen; Præterea, ſequeretur, quod illud peculium, quod conceditur filijsfam. deberet dici peculium exemplare, cum ſit inductum ad ſimilitudinē caſtrenſis, & tamen hoc eſt falſum, quia appellatur peculium quaſi caſtrenſe, vnde dico ego, quod hæc ſubſtitutio eſt appellata exemplaris, & vſu, & ex hominum conſuetudine, ſi autem nos volumus appellare hanc, ſecundum I.C. & legumlatores, deberemus illam dicere quaſi pupillarem, vt per Ludouicum Carondam in tract. ſubſt. pup.

82 Sequitur tertio vt videamus, quo iure fuerit adinuenta, & non inſiſtendo, dicatis, illam emanaſſe ex iure ciuili ſcripto, vt apertè hoc prob. authoritate Pauli in d. l. ex facto, ff. de vulg. & pupill. & in d. l. humanitatis, C. de impub. & alijs ſubſtit. & in d. §. qua ratione, infra de pupill. cauſa autem finalis, ob quam res iſta fuerit introducta ea eſt in ſpecie, vt lex ipſa ſuccurreret ipſis furioſis, qui propter accidens furioſitatis, teſtari non poſſunt, ſicuti ſubuentū eſt impuberibus, qui propter defectum ætatis, nec ipſi poſſunt teſtari, d. §. qua ratione, infra, de pupill.

83 Si autem ex me quæratis quarto loco, quotuplex ſit hęc ſubſtitutio? Reſpondeo, quod eſt in duplici differentia: alia enim eſt expreſſa, alia tacita, quemadmodū ſequitur Politus, in d. tract. ſubſtit. num. 3. & Leonius, num. 8.

Expreſſa, quę fit verbis ſpecificis & formalibus, vt quando teſtator ſubſtituit filio furioſo, ſi in furore deceſſerit.

Tacita eſt illa, quæ continetur ſub vulgari: nam quemadmodum pupillaris ſub illa compręhenditur, ita etiam exemplaris; eſt etiam exemplum in reciproca, & in compendioſa, in quibus ob verborum generalitatem poteſt & iſta contineri, ſi quidem ei ſit, qui eſt furioſus.

84 Quintò, ſequitur videre, quibus fiat; & dicatis, quod poteſt fieri non ſolum filijs, ſed etiam nepotibus, pronepotibus, & deinceps omnibus deſcendentibus, vtriuſque ſexus, d. l. humanitatis, C. eod. tit. d. §. qua ratione, infra, de pupill. nec intereſt, an ſint in poteſtate, an emancipati, quod probatur: quia etiam mater poteſt hanc ſubſtitutionem facere, vt infra, & tamen ipſa non habet filios in poteſtate, §. fœminæ, ſupra de adoption. l. nulla, ff. de ſuis, & legit. Id quod dictum eſt poſſe fieri liberis intelligitur non ſolum de legitimis, & naturalibus, ſed etiam de legitimatis, adoptiuis verò & alijs legitimis tantum poteſt fieri ſecundum diſtinctionem, de qua in §. ſed hodie, ſuprà, de adoption. &

85 diximus ſupra in pręcedenti ſpecie. Ampliatur etiam hoc procedere in filijs naturalibus tantum, prout tenuit Bart. in l. ex facto, col. 3. ff. eod. cum non ſit neceſſaria patria poteſtas, neque conſideretur rigor iuris ciuilis, ſed mera ratio pietatis, d. l. humanitatis, communis tamen opinio eſt in contrarium, quam tenent Angel. Imola, Alexand. alijque, cum Aretin. prout de communi teſtatur Politus

litus, & Leon. in dicto tractatu, nume.31.

Ego tamen existimo veriorem esse opinionem Bart.contra communem, quod pater substituere possit etiam filio naturali, per supra dicta; Nec obstat tex.in d.l.humanitatis, in qua DD.se fundant, nam licèt ille textus loquatur de filijs, quibus legitima debetur, non tamen de illis loquitur, vt propterea velit in alijs contrarium statuere, quibus scilicet non debetur legitima; Nec obstat etiam, quod filius naturalis non possit patri succedere, ergo pater non poterit ei substituere, quia vt respondet Leon.hæc ratio nihil facit: quia facultas exemplariter substituendi, non dependet à facultate succedendi, sed hoc conceditur parentibus à lege, humanitatis gratia, propter illud accidens quod superuenit ipsis filijs, propter quod testari non possunt, nec in iure cautum est; quod ad hoc vt substitutio exemplaris fieri possit, sit necessarium, vt ille, cui fit, possit vniuersaliter testatori succedere.

86 Sequitur nunc, vt videamus, qui possint facere hanc substitutionem, & an omnes possint in ea substitui; Quantum ad primum, respondendum est, parentes vtriusque sexus posse substituere, ita, quod, etiam auus, & auia sint habiles, cum appellatione parentum veniant omnes ascendentes, vsque in infinitum, l.4.§.parentes, ff.de in ius vocan. l.Iurisconsultus, §.parentes, ff.de grad.

Illud quoque dictum, etiam de matre intelligitur, nisi sit vitæ turpis, & impudicæ. Item, si ipsa transiret ad secundas nuptias, tunc non potest filio substituere, cum lex de ea amplius non confidat, cum nec ipsi matri transeunti ad secundas nu-

87 ptias detur tutela filiorum, vtiu Authent. matri, & auiæ; iuncta Authent. Sacramentum, C.quand. mulr. tut. off. fungi potest. Quantum autem attinet ad secundum, quinam substitui possint: dico, quod certæ tantum personæ sunt substituendæ, vt filij furiosi, si extant capaces, deinde vero illis non extantibus, substituuntur fratres, & illis deficientibus, substituuntur quicunque alij, vt habetur in d.l.humanitatis, C. de impub. & in hoc exemplaris differt à pupillari, & ab alijs speciebus, in quib. regulariter quilibet potest substitui, ad libitum substituentis, dúmodo substitutus sit capax.

88 Septimo quæritur, quibus verbis fiat hæc substitutio? & respondendum puto, quibuscunque verbis fieri posse, dummodò testator exprimat quod si filius, vel nepos decedat in furore, vel antequam factus sit compos mentis, substituat Sempronium, & tandem, vt vno verbo me explicem, potest fieri substitutio per quæcumque verba, per quæ significetur, quod si ille decedat ante impedimentum furoris, vult alium succedere, & ita potest concipi per verba affirmatiua, & negatiua; per affirmatiua, videlicèt, si in furore decesserit; per negatiua; videlicèt, si non fuerit factus compos mentis, vel si nō redierit ad lucida interualla, substituo &c.

89 Circa verò octauum caput, respiciens ea quæ ad hanc substitutionem introducendam requiruntur, dico quod plura requiruntur.

Primo requiritur, quod ille cui fit, sit furiosus, aut mente captus, vel alio vitio detentus, ita quod testari non possit, vt habetur in præallegatis iuribus,

Secundo requiritur, quod illi cui fit, saltem relinquatur legitima, tex.est in l.humanitatis, C.eod. vnde sequitur, quod filio exhæredato fieri non possit.

Tertio requiritur, quod ille cui fit, sit de filijs, aut descendentib.ipsius testatoris, d.l.ex facto, ff.eod.d. l.humanitatis, C.eod.d.§.qua ratione, ꝭ.de pupill.

Quarto requiritur, quod ille cui fit, sit pubes, aliàs si impubes, licèt esset furiosus, nō valeret, sed haberet locū pupillaris, attenta qualitate naturali magis, quàm accidentali, per tex.in l.Centurio, ff.eod. Sed hoc requisitū dubiū est, vndè, de veritate illius reijcio vos ad tradita per Bart.& Ias.in d.l.ex facto, ff.eod.

Quinto requiritur, quod is qui substitutionem facit, sibi prius faciat testamentum, in quo sibi hæredem instituat, d.l.humanitatis.

Sexto requiritur, quod ille cui fit, decedat in furore, aliàs si resipisceret, locum non haberet, dicto §.qua ratione, ꝭ.de pupill.& d.l.ex facto. ff.eod.

Septimo requiritur, quod sint substituti filij furiosi, vel muti, vel surdi, si extent, si verò non adsint filij, vel descendentes ipsius furiosi, tunc substituuntur alij filij testatoris, his etiam deficientibus, quilibet alius potest substitui, d.l.humanitatis, C.eod.

Octauo requiritur & vltimo, quod adeatur hereditas ex illo testamento; Quæ requisita latius prosequuntur Zasius, Politus, Leonius, & alij, in prædicto tract. subst. dum de hac exemplari loquuntur.

90 Nono quæro, quinam sint effectus istius exemplaris substitutionis? & plures referuntur per DD. Ego autem grauiores tantum referam;

Primus est, quia hęc exēplaris continet in se tacitam vulgarem: nā si ille furiosus, aut mente captus prius decedat, quàm fuerit adita per eum hæreditas, tūc substitutus succedit ex vulgari tacita, quemadmodū diximus in pupillari, l.iam hoc iure, ff.eod.

Secundus est effectus, quia hęc substitutio matrē excludit, sicuti etiam pupillaris expressa, vt firmat Bart.in d.l.ex facto, vers.iuxta hoc quæro, ff.eod. facit tex.in d.l.humanitatis, C.eo. vbi Imperator exprimit, quod in hac substitutione sunt vocandi filij, & alij descendentes ipsius furiosi, ergo mater ex mente Imperatoris venit exclusa.

Tertius & vltimus est effectus alijs omissis, quia hęc substitutio cōprehendit sub se omnia bona furiosi, aut mente capti, quemadmodum pupillaris continet sub se omnia bona ipsius impuberis, l.sed & si plures, §.si ad substitutos, ff.de vulg.& pupill.

91 Quantum verò pertinet ad penultimum caput, videlicèt, in quib. differat hæc substitutio exemplaris à pupillari, dico, quod in pluribus differunt hæ duę species, & primo differunt in causa efficienti, quia illa moribus, hęc autem iure scripto introducta fuit l.morib.ff.de vulg.& pup.instit.iuncta l.ex facto, ff.eod.l.humanitatis, C.de impuber.

Secundo differunt, quia illa liberis existentibus in potestate tantum fit, l.1.in prin.ff.eod.& in prin. tit.nostri, hæc autem tā existentibus in potestate, quàm emācipatis, d.l. humanitatis, C.de impuber.

Tertio, quia illa impuberib.tantū fit, d.l.1.ff.eod. & infra eod.in princ. hæc autem fit etiam maioribus, §.qua ratione, infra, de pup.subst.

Quarto differunt, quia illa fit tantum à patre, vel ab ascendente masculo, ista verò à matre ab alijsq; ascen-

descendentibus fieri potest, d.l.humanitatis, C.eod.

Quinto, quia pupillaris olim poterat fieri tam instituto, quàm exhæredato, l.2.§.substituere, ff.de vulga.& pupill.§.non solum, infra, de pupill. hæc autem non potest fieri filio exhæredato, sed necesse est, vt saltē eis legitima debeatur, et relinquatur, d.l.humanitatis; hodie verò secus est: nam exemplaris potest fieri exhæredato, pupillaris non, cum hodie pupillus sine causa non possit exhæredari à patre, l.si quis in suo, §.legis veteris, C.de inoffic.test.& hoc est etiam dispositum per ius authenticorum, §.aliud quoq; capitulum, in Authen. vt cum de appell.cognosc.

Sexto differunt, quia in illa etiam extranei quilibet substitui possunt indistinctè, cum nulla reperiatur in hoc facta restrictio, secùs verò in ista, quia prius sunt substituendi filij furiosi, & illis deficientibus, fratres, demumq; alij substitui possunt.

Septimo differunt; quia illa vsque ad certam ętatem tantum, nempè ad 14.ann.fieri potest, l.in pupillari, l.verbis ciuilibus, ff.de vulg.& pup.hæc autem non habet certum, & determinatum tempus, sed durat quousque furiosus resipuerit, d.l.ex facto, ff.eod.d.§. qua ratione, infra de pupill.

Octauo & vltimo differūt, quia pupillaris non potest finiri per superuenientiam filiorū, quia impubes non potest suscipere filios; exemplaris autem finiti potest, d.l.ex facto, ff.de vulg.& pup. Itē, hæc finitur, si furiosi filius nascatur, sed etiam si ei nascatur frater, quia est de illis qui sunt necessariò substituendi, quando non adsunt descendentes ipsius furiosi, d.l.humanitatis, C.eod.secùs in pupillari, quia frater impuberis non aliter euerteret pupillarem, nisi prius testamentum per querelam totum rumperet, l.Papinianus, §.sed nec impuberis, ff.de inoffic.testamento.

92 Vltimo loco videndum est, quomodo spiret hęc substitutio exemplaris, & dicatis, quod

Primò spirat, si testamentum deficit ex persona testantis vel ex defectu testamenti, vel quia rumpitur per querelam, vel per hæreditatem non aditam, in istis enim casibus hæc finitur sicuti pupillaris.

Secundo finitur ex defectu personæ cui est facta substitutio, vt si furiosus resipuerit, vel habuerit dilucida interualla, cessante enim furore siue morbo, quo testari prohibebatur, extinguitur substitutio, d.l.humanitatis, C.de impuber. dicit Bart.in l.ex facto, in quinta quæst. principali, ff.de vulg.& pupill. Sed si ipse furiosus resipuerit, & iterum
93 superueniat furor, nunquid hæc substitutio euanescat? Bart.in d.l.ex facto, num.40. tenet, quod substitutio non sit extincta: nam sanitate superueniente, non in totum tollitur, sed superueniente furore vires reassumit, motus, per l.humanitatis, in verbo cesset, C.de impub.& alijs substit. Est enim differentia inter cessare, & extinguere, vt infra in §.sacram, l.inter stipulantem; at tex. in d.l.humanitatis, inquit, cessante furore cessat substitutio, ergo non est extincta, immo superueniente furore reuiuiscet; quam opinionem sequuntur etiam Bald. de Perus. in tract. Substit. in substitutione exemplari, nu.26. & nonnulli alij, in d.l.ex facto.

Contrariam tamen opinionem, quod imò indistinctè ista substitutio sit extincta, ita, quod non posset amplius reuiuiscere superueniente furore, tenuit Politus, in d.tract. Substit. loquens de illa, sub num.23. cum hæc substitutio semel deuenerit ad eum casum à quo incipere non potest; Nec obstat quod dicitur de verbo cessare, nam non semper restringitur, ita, vt non possit significare id, quod verbum extinguere, cum prorsus dubio id, quod extinctum est, cesset, vt facit pro hoc text. in l.cessante, C.quomodo, & quand.iudex, & infra, de verb.oblig.ibi, cessante verborum obligatione.

94 Ego autem existimo distinguendum esse, videlicet, quod si furor superueniat mortuo ipso testatore, tunc hæc substitutio semel finita & extincta, non potest conualescere deficiente præsertim causa efficiente, & ita potest sibi locum vendicare opinio Politi; si verò viueret adhuc testator, videtur dicendum, quod reconualescat, & in his terminis potest procedere opinio Bart. quæ reconciliatio ęquissima videtur: quam etiam videtur sentire Leon.in suo tract.nu.117.

95 Vltimo loco finitur illa substitutio; si nascantur filij ipsi furioso, dicta l.ex facto, ff.eod.sed quæritur, de quibus liberis intelligatur, an de legitimis & naturalibus; an verò de naturalibus tantum? & Bartol.tenet, quod loquatur de filijs naturalibus tantum, cum furiosus alios filios, quàm naturales habere non possit, l.hæredibus, in fine, ff.ad Trebellian.

Contrarium tamen tenuit Politus in d.tract. nu.24. asserens contra Bart. esse opinionem communem, & potest negari furiosum alios filios suscipere non posse, præter naturales tantum; & licet furiosus per defectum consensus non possit matrimonium contrahere, l.nuptias, ff.de reg.iur. tamen potest suscipere filios ex matrimonio iam contracto, quod quidem non dirimitur superueniente furore, l.patre furioso, ff.de his qui sunt sui, cap.neque furioso, 32.quæst.7. pro qua etiam opinione, quam sequitur Leonius in d.tract.numero 122.facit text. in l.generaliter, in fine, C.de inst.& subst.& hæc quantum ad prædictam speciem.

96 Sequitur nunc quarta species directæ substitutionis, quæ appellatur directa militaris, in cuius explicatione constituam octo capita.

Primo, quid sit directa militaris.
Secundo, vnde dicatur.
Tertio, quo iure fuerit inuenta.
Quarto, quotuplex sit.
Quinto, quibus verbis fiat.
Sexto, quare fuerit introducta.
Septimo, qui sint eius effectus.
Octauo et vltimo, quomodo, et quādo finiatur.

97 Quo ad primū, hæc substitutio ita fuit definita à Leonio in d.suo tract.Substit.nu.1. Substitutio directa est substitutio à milite etiam puberi facta, ex priuilegio ei contra regulas iuris concesso.

Quæ quidem definitio nullas videtur pati difficultates, cum in rei veritate substantiam directæ militaris ponere videatur.

Dicitur autem directa militaris, eo quia à milite, non autem ab alio fit, quemadmodum inquit a gl. in l. Centurio, ff. de vulg. & pupill.

Fuit autem inuenta hæc substitutio ex iure ciuili scripto, Imperatores enim huic ortum dederunt, vt est text. in l. 1. de milit. test. dixit Imperator, supra eod. tit. de milit. testam.

Fuit autem inducta apud ipsos homines fauore ipsius militiæ, ad hoc, vt magis homines arma pro Republica & Imperij defensione susciperent, l. fin. C. de iure delibet. l. quamquam, C. de milit. testamen. l. 1. ff. de milit. testam.

99 Quoad quintum, quotuplex sit, respondeo quod est duplex; expressa, & tacita; Expressa dicitur, quæ fit per militem verbis formalibus & expressis, puberi, vel impuberi, existenti in potestate, vel recessuro, aut remansuro in potestate sui, vt est casus in l. cum filiusfam. ff. de milit. test. vel quia fit ad certum tempus; vel quia in parte tantum bonorum substituit; qui omnes casus sunt contra regulas iuris, vt in §. masculo, infra de pupill. l. in pupillari, l. verbis ciuilibus, & l. 2. in princ. ff. eod. l. ius nostrum, de reg. iur. Sed hoc est concessum ex priuilegio militum, l. miles ita, in princ. l. quærebatur, §. fin. ff. de milit. testamen.

Tacita est illa, quæ continetur sub quadam generalitate verborum, prout quando comprehenditur sub compendiosa substitutione; nam si infra pubertatem filius decesserit; valebit substitutio iure communi pupillaris, si verò post pubertatem decedat, erit substitutio militaris contenta sub illis verbis, quandocumque decesserit, vt est text. in d. l. Centurio.

100 Si quæratis quib. fiat verbis, dico, quod non potest dari certa regula, quia potest miles per varia verba substituere filio suo, et ad varios casus, nempè, vel purè, vel ad tempus, vel in pubertate, vel ante, vel ad tempus mortis, sicuti illi magis placebit, vt in d. l. miles ita, ff. de milit. testam. in l. Centurio, ff. de vulg. & pupill. in l. precibus, C. de impub. & alijs substit.

Effectus autem huius substitutionis duo sunt principaliter, Primus est, quia per hanc substitutionem substitutus admittitur ad bona ipsius militis tantum, d. l. Centurio, in secundo responso, d. l. precibus, in fine, C. de impub. secundus est effectus, quod regulariter valeat iure directo, d. l. Centurio; d. l. miles ita, de milit. testamen.

Quantum pertinet ad vltimum, dicendum est, quod ipsa finitur, prout testator miles disposuit, constituendo tempus vel certum, vel incertum, vt in d. l. miles ita, & in dicta l. Centurio, & in d. l. precibus.

101 Quinta sequitur substitutio, quæ breuiloqua, siue reciproca nominatur, ad cuius euidentiam præmitto id quod etiam suprà præmonui, quod ista non est propriè substitutio per se, sed est quædam substitutionis adiectio, sicuti dicitur in simili in adiectione de peculio, de actione institoria, tributoria, & exercitatoria, vt in l. tertia, §. cui congruit, ff. de pecul. Continet enim ista in se vulgares, pupillares, & exemplares, vt infra dicemus. Esse autem adiectionem quandam, non autem propriam speciē, tenuerunt Zasius, Bartholomeus de Veio, Bald. de Perus. & Polius, & Fumeus, in eorum tract. de Substit. & fuit ante omnes opinio Bart. in d. l. Lucius, ff. de vulg. & pupill. Ego verò vt supra aliàs dixi, fateor hoc verū esse, quod hæc substitutio non contineat nouam, & diuersam speciem, sed quo ad modum, & formā & conceptionem verborum, quibus vtitur testator quando substituit, est quid diuersum ab illis: nam hæc substitutio non est forma, aut conceptio vulgaris substitutionis, quia alijs verbis fit, non etiam est forma pupillaris, ergo est hæc vna conceptio verborum, & vna forma, seu substitutio, quæ omnes prædictas est apta comprehendere. Si ergo non esse vlla ex illis, necesse est dicere, quod sit alia, cum sit alia conceptio, & alia forma, ideo quo ad modum, dico hanc esse diuersam ab alijs; Et pro huius speciei discussione.

Primo, videndum est, quid sit Breuiloqua, seu Reciproca.

Secūdo, quare dicatur breuiloqua, et reciproca.

Tertio, quotuplex sit.

Quarto, quibus verbis fiat.

Quinto, quas substitutiones comprehendat.

Sexto, quomodo differat à compendiosa.

Septimo qui sint eius effectus.

Octauo & vltimo, quomodo spiret.

102 Quo ad primum; Breuiloqua substitutio, secundum quosdam, quos refert Bartholomeus de Nucio in tract. Substit. sub nu. 1. qui ita definiebant: Breuiloqua substitutio est quædam conditionalis institutio facta in plurib. hæredibus institutis vicissim, seu inuicem, sicque definiuit Ray. de Fabania, in l. in testamento, ff. de milit. testamen.

Secunda fuit definitio Politi, sic dicentis; quod est illa quæ duntaxat pluribus institutis, breui oratione fit, atque alterum in alterius defectum atque obitum uocat.

Tertia fuit Leonij in d. suo tract. num. 1. qui ita aiebat; quod est substitutio pluribus inuicem substitutis facta, apta sub se plures substitutiones continere, secundum qualitates eorum, quibus fit; Vel quod est dispositio testatoris, apta sub se plures substitutionum species, in personis plurium institutorum, secundum eorum qualitates inuicem comprehendere.

Ego autem vltrà eos sic definio; Substitutio Breuiloqua, est institutio, qua testator in locum plurium hæredum futurorum, eosdem inuicem substituit, quæ definitio elicitur è penetralibus Bart. in l. Lucius, ff. de vulg. & pupill.

103 Quare autem dicatur breuiloqua, seu reciproca, dico, quod dicitur reciproca, quia per eam vnus alteri, & alter alteri vicissim substituitur, & de vno in alium reflectitur, vt in l. iam hoc iure, & in l. Lucius, de vulg. & pupill. Dicitur autem breuiloqua, quia breuibus verbis fit, secundum Bart. & hoc per id quod dicitur in l. cum in testamento, §. hæc verba, ff. de hæred. instit. Sed contra hoc, quod scilicet non debeat dici breuiloqua, eo quia fiat breuibus verbis, & quod etiam sit malum nomen, insurgit Viglius in §. & plures, J. de vulg. subst. & bene iudicio meo, nam si testator multa

verba

verba effundat, & longiore vtatur oratione, tamen illa erit reciproca, & tamen non erit breuibus verbis facta.

Confirmatur: quia hoc vocabulum (nusquam) apud Iurisconsultos repertum est, sed vt dicit Varro, lib. 6. de lingua Latina, dicitur esse verbum barbarum, & multum ab elegantia sermonis Iurisconsultorum alienum, ipsi reciprocam, non autem breuiloquam appellarunt, quod quidem nomen erat multum consonans rei, §. est & aliud, supra, de donat. melius ergo erat nomen reciprocæ retinere, quàm nouum, & minus idoneum subrogare, sicuti dixerunt etiam Goffred. in Rubr. ff. eod. & Vigli. loco citato.

Tertio moueor contra hanc denominationem: nam si ratio deducta per DD. esset vera, sequeretur, quod etiam vulgaris debuisset, & potuisset appellari breuiloqua, cum possit fieri breuibus verbis: si quis enim dicat, instituo Titium, & ei Mæuium substituo, nonne hæc est breuibus verbis facta? & tamen non appellarunt illã breuiloquam, ergo male DD.

Nec obstat text. in d. l. cum in testamento, §. hæc verba, quia text. ibi loquitur de institutione, & substitutione simul, & dicit, quod videtur testatorem breuiter instituisse tres hæredes, & eos inuicem substituisse, non autem per hoc potest inferri, quod illa substitutio, de qua ibi, possit, aut debeat breuiloqua appellari, aliàs sequeretur, quod etiam institutio ita appellari debuisset, cum illa dictio (breuiter) non minus, imò multo magis institutionem, quàm substitutionem respiciat; clarum est ergo hoc vocabulum non satis rationabiliter positum esse; Quicquid sit, DD. tamen illud nomen receperunt, & cum satis constet de re, non est curandum multum de nomi-

104 ne, & eo magis, cum error communis faciat ius, l. Barbarius, ff. de offic. Prætor. nos etiam illud recipiemus in his quæ nullum damnum afferunt; Vnum tamen non omitto, quod Bart. in d. l. Lucius, ff. eod. opinatur, quod melius sit; quod hæc substitutio, quæ à Iurisconsultis in l. iam hoc iure, ff. eod. appellatur reciproca, & à glos. & DD. breuiloqua debeat appellari repetita: nam reciproca dicitur à recipicando, idest, quia redit ad illum locum, à quo recessit:

105 Quo ad tertium, quotuplex sit hæc substitutio breuiloqua, seu reciproca? dico, illam esse duplicem, expressam, & tacitam; Expressa, quæ fit verbis specificis, videlicet, vos inuicem substituo, vt in d. l. iam hoc iure, & in l. qui plures, in l. sequenti, in l. cohæredi, §. qui directas, & §. sequen. in l. Lucius, ff. de vulg. & pupill. in d. l. cum in testamento, §. hæc verba, ff. de hæred. instit. in l. in testamento, C. de milit. testam. in l. secunda, C. de impub. & in §. et plures, infra eod. tit. nostro, vbi latius de hac videbimus: Tacita verò dicitur, quæ colligitur virtualiter ex quibusdam verbis, per testatorem prolatis, vt in l. Titius, & Seius, cum l. seq. ff. de hæred. instit. in l. si fundum sub conditione, §. his verbis, de legat. 1. vel colligitur ex coniecturis, vt in l. cum proponebatur, de legat. 2. quæ alio nomine potest appellari præsumpta substitutio.

106 Quartò quæro, quibus verbis fiat, dico, quod per hæc verba fit, vos inuicẽ substituo, vt in l. iam hoc iure, cum supradictis; vel fit per hæc verba, vt vter eorum viuet, vel vter eorum superuixerit, l. Titius, & l. semper, ff. de hæred. instit. & l. fundũ sub conditione, §. his verbis, de legat. 1. tertio per hæc verba; Item vos inuicem substituti hæredes sunto; l. cum in testamento, §. hæc verba, ff. de hæred. instit. l. si pater impuberi, ff. de vulg. & pupill. fit etiam per verbum deueniat, seu perueniat, vt vos hæredes meos instituo, & si quis vestrum decesserit, volo bona mea ad alium peruenire, licèt secundum nonnullos hæc potius dicantur verba fideicommissaria, secundum Rayn. per l. fideicommissa, §. hæc verba, de leg. 3. tamen idem est per omnia in verbo perueniat, & in verbo substituo, cũ vtrumque sit verbum commune, vt infra dicemus, & est text. in l. Centurio, de vulg. & pupill.

107 Si autem ex me quæratis, quot substitutiones comprehendat sub se hæc breuiloqua, seu reciproca? dico, quod omnes possunt contineri, dummodò adsit habilitas in personis substitutorum; Aliquando enim continet sub se duas vulgares tantum, veluti si duobus puberibus hæredibus institutis dicat testator, vos inuicem substituo, vel quando fit duob. emancipatis, vel quando fit pluribus extraneis institutis; Quandoque continet duas pupillares tantum, vt quando fit duobus impuberibus exhæredatis, argumento §. non solum, de pupill. subst. Aliquando continet sub se duas fideicommissarias tantum, vt quando fieret in codicillis, l. Scæuola, ff. ad Trebellianum. Quandoque continet quatuor, scillicet duas vulgares, & duas pupillares, quando scilicet duobus impuberibus institutis, dicit testator: vos inuicem substituo; adsunt enim duę vulgares, & duæ pupillares, quia alter alteri vulgariter, & pupillariter intelligitur substitutus; Quandoque continet sex, duas vulgares, duas pupillares, & duas exemplares; veluti, quando fit duobus impuberibus filijs furiosis, & mente captis; nam duæ vulgares comprehenduntur, si hæreditas non adeatur; duæ pupillares, si in pupillari ętate decesserint; & duæ exemplares, si moriantur post pupillarem ętatem in ipso furore; Aliquando continet sub se octo substitutiones; duas vulgares, si non adeatur hæreditas; duas pupillares, si decesserint in impubertate; duas exemplares, si in furore decedant; & duas fideicommissarias, si decesserint quandocumque post dementiam, & furorem. Item, eodem modo hæc substitutio cõtinet octo substitutiones prædictas, si pater duobus filijs impuberibus institutis, dicat: vos inuicem substituo, vulgariter, pupillariter, exemplariter, & per fideicommissum; vt in l. Titio, ff. de vsufruc. legato. & ibi DD. & hanc Clausulam solent periti tabelliones in quolibet testamento apponere, pro validitate ipsius; Quandoque, & sic vltimo loco, potest sexdecim sub se substitutiones continere, quatuor vulgares, quatuor pupillares, quatuor exemplares, & quatuor fideicommissarias; & hoc verificatur, quando sunt quatuor filij impuberes à patre instituti, ratione superius adducta.

108 Sextò quæro, quomodo hæc reciproca differat à compendiosa? & dicendum est, quod in duobus casibus differunt; primus est, quia licèt compendiosa plures substitutiones comprehendere possit, & pluribus fieri, tamen non inuicem illi, qui sunt instituti, substituuntur, vt vnus alteri, sed alius, seu alij substituuntur institutis, quod secùs est in hac reciproca; quia inuicem substituuntur. Secundus est casus, quia in compendiosa semper expressè apponitur verbum (quandocumque) aut aliquod simile, significans tractum temporis in futurum; In reciproca verò non apponitur expressè verbum habens tractum temporis, sed sunt verba simpliciter & indefinitè prolata, videlicèt, vos inuicem substituo.

109 Septimò videndum est, qui sint eius effectus; ideo dicatis, quod effectus istius est, quod ipsa continet sub se plures substitutiones, & ideo multiplices possunt considerari effectus ex ipsa substitutione prouenientes, prout multi sunt effectus singularum illarum substitutionum, quæ in ea continentur; vt animaduertit Bald. de Perusio in dicto tractatu Substitut. num. 4. & inter cæteros est ille considerandus, ex pupillari, quæ in ista continetur, proueniens, quod matrem excludit, vt aliàs dicemus.

110 Octauo & vltimo videndum est, quomodo hęc substitutio reciproca spiret, & finiatur; vnde dico, quod cum ipsa non sit species noua, & diuersa ab alijs, nisi quo ad modum conceptionis, sed illasmet continet de quibus suprà, ideo dicendum est, quod illa finiatur secundum naturam prædictarum, videlicèt, si continet vulgarem, extinguitur adita hæreditate; si pupillarem, finita impubertate; si exemplarem, quando amouetur furor; si fideicommissariam, spirat illis modis, quos infra nos explicabimus. Et hæc quoad hanc substitutionis speciem dicenda videbantur.

Sexta & vltima sequitur substitutionis directæ species, quę Compendiosa appellatur, super quam Doctores longa ediderunt Commentaria, in l. Centurio, ff. de vulgari & pupillari, & in l. precibus, C. de impubet. & Canonistæ in cap. Raynutius, de testamentis. Quæ nec ipsa est species distincta, & separata ab alijs, nisi quo ad formam, & modum substituendi; quia verè est modus diuersus, & separatus ab illis; nam ista non est forma vulgaris, nec pupillaris, nec exemplaris substitutionis, aut fideicommissariæ, aut directæ militaris, sed modus substituendi, ab illis omnibus diuersus & separatus; licèt verum sit, quod in vnum ex illis necessariò resoluatur: quia iste modus substituendi omnes illas substitutiones vno verbo complectitur, vt suprà dixi in reciproca.

In illius explicatione præmissum ordinem seruans, disputabo duodecim capita, videlicèt:

Primò, quid sit substitutio compendiosa.

Secundo, quare ita appelletur.

Tertio, quibus verbis fiat.

Quarto, quot, & quantas species sub se contineat.

Quinto, an substitutiones contentæ in compendiosa, sint expressæ vel tacitæ.

Sexto, an omnibus fieri possit.

Septimo, an ab omnibus fieri possit.

Octauo, qui sint eius effectus compendiosæ factæ à milite, & à pagano.

Nono, an valeat substitutio compendiosa verbis merè directis facta post pubertatem, saltem iure fideicommissi, an verò in totum euanescat.

Decimo, an priuilegium concessum militibus, vt possint etiam post pubertatem directò substituere, habeat locum tantummodò, quando faciunt testamentum in castris, an verò extra castra.

Vndecimo, an militibus nostri temporis competant hæc priuilegia.

Duodecimo & vltimo videbimus, an priuilegia concessa militibus in testando, & præcipuè hoc, quod possint post pubertatem substituere directò, competat etiam Doctoribus publicè profitentibus, aut Aduocatis, seu Consiliarijs Principum.

111 Quantum ad primum, videlicèt quid sit Substitutio compendiosa; sciendum est, Barto. in l. Centurio, ff. eod. sic illam definiuisse. Compendiosa substitutio est illa, quæ sub conditione mortis, vel alia, multa complectitur tempora; Quam sequuntur Azo in Summa, C. de impub. & alijs substitut. & gloss. ibi, & communiter Docto. prout de communi testatur Bald. de Perusio in tracta. Substitut. num. 1.

Sed contra prædictā insurgunt Doctores dicentes illam esse defectiuam, cum plures contineat sub se substitutiones: vnde Politus aliter definiebat. Compendiosa substitutio est, quæ cum plura tempora comprehendat, sub uerborum compendio, uarias etiam potest complecti substitutiones. Tertia fuit definitio Imolæ, in dicto tract. Substit. dicentis, quod compendiosa est substitutio apta sub se plures continere substitutionum species, propter uerbum habens tractū temporis in ea appositum. Quarta fuit definitio Modernorum Bononiens. in d. l. Centurio, num. 11. ff. eod. qui dicebant nouiter, quod est breuis conceptio uerborum, diuersas, & successiuas successiones diuersis temporib. continentes, in una persona inducens.

Sed quoniam prædictæ definitiones uidentur pati aliqualem difficultatem; ego aliter definio. Substitutio Compendiosa est institutio, continens plures substitutiones sine ullius temporis præfinitione.

112 Secundo quæro, quare ita appelletur? respondeo, quia sub uerborum compendio plures substitutiones complectitur, seu plura tempora, idest sub breuitate uerborum prolatarum à testatore, scilicèt, quandocumque decesserit, Papirium Papagallium substituo, omnes substitutionum species comprehenduntur: nam si decedat antequam adeat, perinde est, ac si uulgarem expresserit, si decedat in pupillari post aditionem, perinde est, ac si pupillarem expressisset, si est furiosus, antequam sanus efficiatur, uidetur expressisse exemplarem; si deniq; post aditam hęreditatem, & post pubertatē, sanus mente decesserit, perinde est, ac si fideicommissariam expressisset, imò, etsi à milite facta sit, etiam militaris directa continetur; uidetis ergo quod sub illo

illo verbo quandocumque, omnes ſupradictę con
tineri poſſunt, & hoc nomen (compendioſè) fuit
poſitũ ab ipſo Imper. in l. precibus, C. de impuber.
facit text. in l. Męuius, §. duobus, de leg. 2. ibi, ora-
tionis compẽdio, & ideo ſi dixero: lego hominem,
tunc orationis compendio omnes homines lego,
l. maritos, §. duorum, de leg. 2. l. quarta, ff. de ritu nupt.
actuque prioat. l. debere, ff. de caſtr. pecul. & quod
ita appelletur, eo quia fiat ſub breui compendio
verborum, dicit Bart. quem ſequuti ſunt DD. in
l. Centurio, ff. eod.

Ego verò contrarium verius eſſe aſſero, ſ. quod
nullo modo dicatur compendioſa, eo quia fiat ſub
breuib. verbis, & ſub verborum compendio: nam
alioquin ſequeretur, quod breuiloqua, ſeu recipro
ca deberet appellari compendioſa, eo quia fit bre-
uibus verbis, quod tamen eſt falſum, vnde recede-
re nos oportet à Bartoli opinione, vt aſſerit Con-
nan. in commentar. Iur. ciuil. lib. decimo, cap. 3.

Vndè dicendum eſt, quod I. C. appellant illam
compendioſam, eo quia eſt vtilis, & fructuoſa te-
ſtatoribus: nam compendium denotat & ſignifi-
cat vtilitatem, & commoditatem, l. de eo ſocieta-
tem, §. duo colliberti, ff. pro ſocio: Fateor tamen,
quod ſubſtitutio compendioſa dicatur breuilo-
qua, & breuiloqua compendioſa, eo quia fit ſub
breuitate: ſed dico, non valere conſequentiam, eſt
breuiloqua, ergo eſt compendioſa, & è contra;
cum ſubſtantia vnius ſpeciei non efficiatur alia, l.
veluti, ff. de iuſtit. & iure, aliàs hac ratione omnes
ſubſtitutiones poſſent dici compendioſæ, eo quia
fiunt ſub breuitate, & tamen omnibus & ſin-
gulis datum eſt ſpecificum nomen, & ſic ſtrictè
loquendo, vna ſpecies illarum non eſt altera, ſed
latè ſumpto vocabulo, omnes poſſunt dici com-
pendioſæ.

113 Tertio videndum eſt, quibus verbis fiat qua in
re facilis eſt reſponſio, cum verba illius nota ſint,
per d. l. precibus, C. eod. & per d. l. Cẽturio, ff. eod.
fieri enim ſolet per verba quę habent tractum tem
poris in futurum, ſiue ad certum, ſiue ad incertum
tempus, vt quando dicit teſtator, quandocumque
deceſſerit, & tunc eſt indeterminatum, & incer-
tum tempus; aut verò ſi dixerit, ſi intra vigeſimum
quintum annum deceſſerit, vt in d. l. precibus, tunc
inducitur ipſa compendioſa, cum illa verba ha-
beant tractum temporis in futurum; ſed ſit deter-
minatum eſt certum tempus; Item, inducitur,
114 ſi dicat teſtator: ſi ſine liberis deceſſerit; nam
et iſta verba virtualiter habent tractum temporis,
licèt nonnulli voluerint, quod per hæc verba in-
ducatur fideicommiſſaria, quemadmodum di-
cit gloſ. in verbo; fideicommiſſaria, in dicta l. pre-
cibus, tenuit Innoc. in capitulo Raynutius, de
teſtam.

Sed contrarium verius eſt, quemadmodum re-
fert Bart. in l. Centurio, in verſ. quid ſi teſtator ita
ſubſtituit, ff. eod. pro qua opin. eſt caſus expreſſus
in cap. 1. de teſtam. in ſexto. vbi dicitur, quod in
ſubſtitutionibus ſemper interpretatio ea eſt fa-
cienda, vt ſubſtitutio directa potius intelligatur,
quàm obliqua, dummodò earum verbis, & per-
ſonis conueniat ſubſtitutis; Hanc eandem opi-
nionem tenuit gl. in §. fin. infra, de pupill. & Ioan.
Andr. in d. cap. 1. de teſtam. & Bald. in d. l. preci-
bus, C. de impuber.

115 Quarto quæritur, quot, & quantas ſub ſe con-
tineat ſpecies iſta compendioſa ſubſtitutio? ſed de
hoc iam diximus ſupra in ſecundo quæſito, vbi
demonſtrauimus, ſub hac omnes alias ſpecies con
tineri, cum illa verba, (quandocumque deceſſe-
rit) vel (intra vigeſimumquintum annum deceſ-
ſerit) vel ſimilia, tractum temporis habentia, poſ-
ſint ad omnes ſupradictas ſpecies referri, ſi illarum
caſus aduenerint.

116 Quintò ſequitur videre, an ſupradictæ ſubſti-
tutiones quæ in compendioſa continentur, dican-
tur expreſſæ, an verò tacitæ? & Bart. in d. l. Cen-
turio, inquit, quod dicuntur tacitæ ſpecialiter, ex-
preſſæ autem generaliter; Ego autem exiſtimo,
quod magis dicantur tacitæ, quàm expreſſæ, cum
certum ſit, quod in ipſa compendioſa, non eſt
expreſſa forma, nec vulgaris, nec pupillaris, ergo
ſequitur, quod tacitæ debeant appellari; & hinc
eſt quod gloſ. in verbo, compendioſa, in d. l. preci-
bus, appellat illas tacitas, non autem expreſſas; &
hanc etiam opinionem tenet Leonius in dicto ſuo
tract. Subſtit. ſub nu. 40.

117 Sextò quæritur, an omnibus poſſit fieri indi-
ſtinctè, an verò quibuſdam tantum perſonis? &
in hoc fatentur DD. in tract. Subſt. & in d. l. Cen-
turio, quod indiſtinctè omnibus fieri poteſt, dum-
modo poſſint aliquid capere ex teſtamento, nec re
fert, an aliquis ſit de liberis, an de extraneis, an in
poteſtate, an verò emancipatus; quod tamen non
procedit in pupillari, quia ad hoc, vt ſub com-
pendioſa contineatur, requiritur quod ille ſit de li-
beris, & ſit in poteſtate; Nec etiam procedit in
exemplari, in qua requiritur, quod ſint in poteſta-
te, & furioſi.

118 Septimò quæritur, an ab omnibus fieri poſſit?
& dico, quod ſic, & ideo tam à matre, quàm à pa-
tre, ac etiam ab alijs extraneis fieri poterit: non ta-
men verificabitur in exemplari, & pupillari, niſi
quando à parentibus fiat, quibus permiſſum eſt à
lege ſubſtitutiones facere filijs ſuis, vt j. de pup.
ſubſt. & in l. 2. ff. eod.

119 Octauò quæritur, quinam ſint effectus iſtius
ſubſtitutionis? qua in re diſtinguendum puto, vnà
cum Baldo, & cęteris, in d. tract. Subſtit. videlicèt,
aut hæc ſubſtitutio Compendioſa eſt facta à mili-
te, aut à pagano.

Si à milite, primus eſt effectus, quod ſi ipſa fue-
rit facta verbis directis, ſi cõtingat illum poſt adi-
tam hæreditatem decedere infra tamen puberta-
tem, effectum operatur pupillaris ſubſtitutionis
de iure communi, vt eſt text. in l. Centurio, in pri-
mo reſp. de vulg. & pup. & ratio eſt: cum de iure
communi valida poſſit eſſe hæc ſubſtitutio, non
eſt opus confugere ad priuilegium, niſi aliud appa
reat, l. quamquam, l. in teſtamento, C. de teſtam.
120 mil. & vbi eſt remedium ordinarium, ceſſat ex-
traordinarium, l. in cauſæ, in prin. ff. de minor. l. in
prouinciali, ff. de oper. no. non. quod verum eſt, ſi fieret
hæc ſubſtitutio filio impuberi, & in poteſtate mili-
tis exiſtẽti. Si verò fiat verbis cõmunibus, quale eſt

verbum (ſubſtituo) tunc etiam quamplurimi ſunt effectus, quos proſequuntur DD. in d.l. Centurio, & præcipuè oritur effectus iſte, quod valeat iure directo, ſi moreretur ante pubertatem ſit in medio, d.l. Centurio; ſi verò fit per verba obliqua, ſemper eſt fideicommiſſaria, vt in l.cohæredi, §.cum filiæ, de vulg. & pupill.

Aut verò hęc ſubſtitutio fit à pagano, id eſt ab eo qui non eſt miles, à pago ſic dicto, quia qui non militabant, in pagis, ſeu in agris degebant, de quibus facit mentionem tex. in l. tractabatur, & in l. 3. ff. de milit. teſtam. l. fin. poſt princ. C. de inoffic. teſtam. l. 1. C. de teſtamen. milit. §. illis autem temporibus, infra, de milit. teſtam. Dico ergo, quod ſi fuerit facta per verba merè directa, tunc intra tempora pubertatis valet iure pupillaris, poſt pubertatem, nullo modo valet, vt in l. verbis, & in l. pupillari, ff. de vulga. & pupillari. Aut fit per verba merè obliqua, & tunc eſt fideicommiſſaria, §. cum filiæ, de vulgari & pupill. Aut fit per verba communia, vt per verbum (ſubſtituo) & tunc variæ ſunt opiniones; gloſ. enim in l. Centurio, & in l. precibus, dicit, quod ſemper eſt fideicommiſſaria. Barto. verò in hac quæſtione conſtituit tria capita, quę latè proſequitur, ad cuius notata vos reijcio, & latiſſimè explicat Baldus in tractatu Subſtitutio. de ſubſtitut. compendioſa, num. 4. vbi etiam Potius, & alij. Et per hæc ſit etiam expeditum octauum quæſitum.

121 Quantum pertinet ad nonum caput, videlicèt, An ſubſtitutio compendioſa facta à pagano filio impuberi verbis directis, vt ſuus hæres eſto, te inſtituo hæredem, & ſimilia, quæ à Barto. appellantur verba ciuilia, quæ intra pubertatem valet iure directo, nunquid poſt pupillarem ætatem, ſeu poſt pubertatem, in totum euaneſcat, an verò valeat iure fideicommiſſi.

Quæ quidem quæſtio altiſſima eſt, & valde ab Interpretibus exagitata, & ita ab vtraque parte eſt acerrimè diſputata, vt vix nobis colligere liceat, quæ ſit veritas. Communis itaque eſt opinio, quod Subſtitutio compendioſa verbis directis facta filio impuberi, intra tempus impubertatis, ſi decedat poſt pubertatem, totaliter euaneſcat, vt nec per fideicommiſſum, ſeu in vim fideicommiſſarię ſubſtitutionis conſeruetur. Quam opinionem tenet gloſ. in l. Centurio, ff. & in l. precibus, C. eod. & infra, de pupilla. in gloſſa magna, Azo in Summa, C. eod. Bart. in dicta l. Centurio, num. 14. Alexand. num. 64. omnes Canoniſtæ eam ſequuti ſunt, vſque ad tempora Ioann. Andr. in cap. Raynutius, de teſtamen. Angel. in l. verbis ciuilibus, ff. de vulga. & pupill. Román. in l. rogo, §. fin. ff. ad Trebellian. Vacon. in ſuis declarationib. iuris ciuilis, in declarat. 168. Petrus de Rauenna, in ſuo Alphabeto Aureo, in verbo (ſubſtitutio) hanc eſſe communem teſtati ſunt, Gallianla in dicta l. Centurio, nume. 262. Bal. in l. ſicut in annos, ff. quemadmodum vſusfruc. amitt. De communi teſtatur Socin. iun. in dicta l. Centurio, num. 205. Eandem ſequuntur Coraſ. in conſi. 370. col. fin. par. 3. Dec. in conſ. 95. col. 2. & in l. precibus, num. 17. C. eod. Guido Papę in conſ. 23. col. 2. lib. 3. & ante omnes fuit hæc opinio Cyni noſtri, in l. precibus, & Guliel. de Cuo. & Oldradi in conſ. 147.

Pro hac igitur tantorum Procerum ſententia, primo loco deducitur textus in l. verbis ciuilibus, ff. eod. vbi ait Papinianus: Verbis ciuilibus ſubſtitutionem poſt decimumquartum annum ætatis fruſtra fieri conuenit; fuit enim ibi facta ſubſtitutio compendioſa filio impuberi verbis directis ciuilibus; vndè, ſi filius deceſſiſſet impubes, valeret vt pupillaris; ſi verò pubes, penitus euaneſceret, nec per fideicommiſſum valeret; quod probatur ponderando illud verbum (fruſtra,) quod oſtendit ex aliqua parte ſubſtitutionem hanc poſt pubertatem non valere, iuxta notata per Barto. in l. penult. §. ad crimen, ff. de publicis iudic. & illud verbum (fruſtra) adiunctum cum verbo (fieri,) exponitur (fruſtra fieri) ideſt euaneſcere, vt refert Vacon. in dicta declarat. 168. ergo ſequitur nullo modo valere iure obliquo hanc ſubſtitutionē poſt pubertatem.

123 Ego autem vnà cum illis qui ſequuntur opinionem contrariam, huic textui reſpondeo; & primò reſpondetur ex Alexand. in dicta l. Centurio, nu. 6. quod dicta l. verbis ciuilibus, procedit de rigore, & ſubtilitate iuris, ſic enim ſonant illa verba directa, ſed ex benignitate, & ex æquitate aliud eſt, quia valebit per fideicommiſſum, vt eſt caſus ſecundum eum in l. Scæuola, ff ad Trebellia. de qua infrà videbimus. Sed hæc ſolutio, vt ſentit etiam Socin. iun. in d.l. Centurio, num. 216. non eſt tuta, quia ſecundum eam, lex illa fruſtra occuparet membranas, & fruſtra fuiſſet appoſita in corpore iuris, & in d.l. non reperitur ſcripta benignitas, aduerſans illi rigori, prout in alijs iuribus allegatis per Alexand.

Secundo igitur loco reſpondetur per Gallianl. in d.l. Centurio, nu. 263. quod tex. ille loquitur reſpectu directæ ſubſtitutionis pupillaris, quæ poſt 14. annos fruſtra dicitur fieri; vndè, non per hoc debet inferri, quod non poſſit valere iure fideicommiſsi; Quam reſponſionem ſequitur Socin. iun. dicto num. 215. quod probatur tribus modis; primo, quia tex. ille vt ſentit Imola, in d.l. Centurio, loqui videtur, quando ſubſtitutio fit verbis ciuilibus poſt quatuordecim annos, & ſic maiori tempore teſtamenti, quo caſu communis eſt opinio, quod valeat iure fideicommiſsi, per tex. in l. Scæuola, ff. ad Trebelli. & ita tenet Ang. conſi. 118. & Alex. conſi. 82. col. 1. lib. 2. & de communi teſtatur Gallianla, nume. 264. in d.l. Centurio; Secundo probatur per verba eiuſdem tex. in fine, dum in eo dicitur, non erit hæres adiectus, ne fiat contra voluntatem teſtatoris; innuitur ergo, quod quoquo modo mens teſtatoris ſeruari debeat, ſed in propoſito id fiet, ſi valeat iure fideicommiſsi, ergo. Tertio patet: quia facta pupillari, in ea continetur tacita vulgaris, quæ valeret etiam poſt pubertatem, vt tradit Barto. in l. 1. ff. eod. vt ſuprà firmauimus nos etiam in Rubr. non enim uiciatur tacita vulgaris, licèt vicietur expreſſa pupillaris; & ſi illa poſſet habere locum, non dicerentur fruſtra fieri.

Tertiò reſpondetur ex Soc. iun. num. 216. in d.l. Centurio, quod ibi nō valet per fideicommiſſum,

quia

quia testator fuit vsus verbis ciuilibus, omnino ius directum importantibus, quod proprium est iuris ciuilis, puta, directò substituo, vel vt directò succedat, & similia, ex quibus constat quod tantum directò, & ciuiliter voluerit substituere, & tunc fatendum est, quod non valebit per fideicommissum: quia testator ita voluit; & ita intelligatur illud verbum ciuilibus, quod secùs est in casu nostro, quando testator dixit: talis sit hæres; vel, talem instituo, ergo non vrget; Sed hæc responsio per me non probatur: quia etiam si fuit facta per verba merè directa, dico, quod obliquatur, & esset magna restrictio hæc Socini, dicentis procedere illum tex. quando testator voluit importare ius omnino directum. Secundo improbatur: quia ita important ius directum illa verba, hæres esto, vel instituo talem, sicuti si dixerit, directò succedat, vel directò substituo; vnde, non procedit, sed secunda responsio melior est.

Quarto respondet Vocon. in d. Declarat. 168. quod in d.l. verbis ciuiuilibus, non fuit facta substitutio compendiosa: nam cum in compendiosa vulgaris, pupillaris, & fideicommissaria contineatur, d.l. precibus, C. eod. vers. & si adierit hæreditatem, posset post 14. anunm vulgaris & fideicommissaria vim habere: quare compendiosa non frustra fieret: at ibi dicitur, quod frustra fit, ergo non loquitur de compendiosa, sed ibi ponitur idem casus qui ponitur in §. extraneo, infra, de pupill. substit.

125 Nec obstat (retento communi intellectu, scilicet quod loquatur de compendiosa) illud verbum (frustra) in quo tota vis contrarij consistit: quia solum id respicit directam substitutionem, scilicet pupillarem, non autem importat actum nullo modo valere; sic in simili ponitur in l. 1. C. de non numer. pecun. facit etiam text. in l. qui solidum, in princip. ff. de legat. 2.

Item & alio modo respondetur, quod illa dictio frustra, non debet exponi frustra, fieri, idest euanescere: quia hanc expositionem teste Voconio latinitas non admittit: omne enim quod fit, non est, sed est in motu ad ipsum esse, non erat igitur substitutio prius in actu, sed fiebat, tamen frustra: non autem iam facta euanescebat; id enim quod euanescit, aliquid fuit, cum priuatio præsupponat habitum, l. decem, ff. de verbor. oblig. sed id quod fit frustra, nunquam fuit in esse, quia dum fit, frustra fit.

Secundo tamen pro hac opinione communi adducitur text. in l. in pupillari, ff. eod. vbi dicitur, in pupillari substitutione licèt longius tempus comprehensum fuerit, tamen finietur substitutio pubertate; Pondero illa verba, FINIETVR SVBSTITVTIO PVBERTATE, quę cum indefinitè prolata sint, perinde est, ac si dixisset Pomponius; omnis substitutio pubertate finié-
126 tur, cum indefinita oratio æquipolleat vniuersali, l. si pluribus, de leg. 2. vbi Bartol. Videtur ergo textus iste admodum vrgere, quia sumus in claris, quod est facta substitutio filio impuberi: dum dicit text. in pupillari substitutione, & etiam facta compẽdiosa: ex illis verbis, si longius tempus comprehensum fuerit, quæ denotant tractum temporis in futurum, & tamen nullo modo valet.

127 Respondet ad hunc text. Socin. iun. nu. 216. tribus modis; primo, quod ibi per errorem fuit expressum lõgum tempus, testator enim volebat tantum pupillariter substituere, quod patet, perpendamus illa verba, IN PVPILLARI SVBSTITVTIONE, & tunc fatetur ipse, totaliter substitutionem pupillarem extingui pubertate.

Sed hæc responsio mihi videtur omnino diuinatina, quis enim ei reuelauit, errasse testatorem exprimendo longius tempus? Nec obstant illa verba, IN PVPILLARI, nonne enim poterat esse pupillaris comprehensa in compendiosa?

Secundo igitur loco ipse Socin. alio modo respondet, quod dum text. dicit, FINIETVR SVBSTITVTIO, debet intelligi, s. directa, sed an post pubertatem duret fideicommissaria, ibi non dixit, nec negatur; quam solutionem sequuntur Moderni Bononiens. in d.l. Centurio, num. 43.

Tertio respondetur, quod l. in pupillari, loquitur tantum respectu successionis, & bonorum ipsius pupilli, quæ ex testamento patris post pubertatem nulli deferri possunt, quia tali tempore omnis paterna substitutio eo respectu dicitur euanescere, §. masculo, infra eod. sed circa bona patris an substitutio post pubertatem valeat, ibi nihil dicitur; sed dicendum est, quod si aliqua verba fideicommissum importantia reperiantur, valebit, puta, quandocumque decesserit, sic in l. si frater tuus, cum glos. ibi, C. de fideicommiss. at cum in proposito nostro in compendiosa, de qua agimus, talia verba reperiantur, sequitur, quod per fideicommissum debeat valere.

Tertio tamen pro communi facit text. in l. si seruus legatus, §. si seruus alienus, ff. de leg. 1. vbi & in libertate, quæ res fauorabilis est, verbum directum non obliquatur, sed viciatur datio libertatis, ergo tanto magis vbi non agetur de tanto fauore.

128 Respondetur primo ex Polito, in tract. substit. in compendiosa, num. 24. vt etiam dicit Ias. quod ibi ille seruus fuit legatus alteri, ideo nõ est mirum, si per hanc contrariam dispositionem inualidatur prior voluntas, & per consequens illa directa datio libertatis.

Secundo respondetur ex eodem, quod loquitur in seruo alieno, in quo fauore hæredis, vt non teneatur redimere, dicimus verba directa non obliquari, magna enim cum difficultate procedunt iura in grauando ipsum hæredem, extra bona hęreditaria, iuribus vulgaris.

Tertio respondetur per Aretin. in d.l. Centurio, quod licèt ibi non obliquetur directa dispositio fauore libertatis, tamen fauore cõseruandi fideicommissi, & sic voluntatis testatoris, obliquatur, vt per glos. in l. cogi, §. sed si seruo, ff. ad Trebell.

Sed hæc solutio non est tuta, quia imò facilius obliquatur dispositio fauore libertatis, quàm alterius dispositionis, l. neque enim, §. fin. cum l. sequenti, ff. de testamen. milit. Nec obstat §. sed si seruo, quia ibi seruus erat hęredis, & agebatur de seruanda voluntate testatoris ad totam hęreditatem, vt ibi per glos.

Vodè

Vndè melior est resolutio, vt dicamus, quod ibi non valet legatum libertatis directæ in vim fideicommissi, quia testator ibi reliquerat libertatem seruo alieno, quē postea legauit alij, propter quod legatum tollitur præsumptio, quod testator voluerit valere legatum libertatis in vim fideicommissi; quam solutionem sequitur Galliaula, in d.l.Centurio, num. 180. & nonnulli alij, qui eam comprobant multis modis.

Quartò, pro communi adducitur tex. in l.1.ff.de iure codicill. vbi si non valet voluntas testatoris, testamentum non trahitur etiam ad codicillos, nisi sit dictum, & per consequens, si non valet vt dispositio directa, prout volebat testator, non trahitur etiam ad fideicómissariam, ergo ita in casu nostro; ad idem facit in l.fin.§.illud, C.de codicill. iuncta regula l.non codicillum, C.de testam.

Respond.ex Galliaula, quod illa iura procedunt in institutione primi hæredis, non in substitutione: nam si fiat institutio, apparet, quod omninò voluit testari, d.l.non codicillum, ideo non trahitur ad codicillos; sed nos loquimur in substitutione, ex qua, licèt verbis directis tantum appareat ꝙ testator ita voluerit valere iure directo, non iure fideicommissi, vt patet in l.Scęuola, ff.ad Trebel.de qua supra, & ratio diuersitatis est: quia primo casu est habilis ad testandum directò post pubertatem, & ideo licèt sit vsus verbis directis, tamen per hoc non est dicendum, quod noluerit valere iure fideicommissi, argum. l.3.ff.de test.milit. quam etiam resolutioné sequuntur Politus, in d. tract. & Socin. iun. in d. l.Centurio, num. 223.

Quinto ad eandem communem comprobandam adducitur ex Alex. text. in l.cohæredi, §.cum filiæ, ff.eod.vbi I.C.vult, quod fideicommissaria substitutio habeat locum etiam vbi verbis precarijs conditio substitutionis egreditur ætatem pupillarem, ergo secùs est si verbis directis,

Respondetur, quod argumentum à contrario sensu non procedit, quando resultaret absonus intellectus, & contra iura deducenda. Item reprobatur ex alio, secundum Soci.iun.& Galliaulá, quia si valeret ibi argumentum à contrario sensu, sequeretur, quod si esset facta substitutio verbis communibus, cum nec illa sint precaria, quod non valeret; tamen istud est falsum, vt omnes DD.fatentur.

Sextò deducitur per DD.in l.Centurio, text. in l.generaliter, §.si quis seruo pignorato, ff.de fideicommiss. libert. arguendo à speciali: nam si solus fauor libertatis operatur quod libertas directò data valeat iure fideicommissi, vt ibi, ergo hoc non erit in casu concedendum, cum non tractemus de fauore libertatis.

Respondetur primo loco, quod non sequitur, ergo non receditur à regulis, etiam fauore vltimæ voluntatis; quia imò receditur à rigore iuris, vt in l.si ita scriptum, in verbo, subtilia iuris, & in verbo, humanitate suggerente, ff.de liber.& posth. & in l.in tempus, in verbo, beneuolentia, ff.de hæred.instit. Nec obstat si dicas, quod hæc responsio non est tuta: quia in d.§.si seruo, concurrebat fauor vltimæ voluntatis, & tamen ille fauor non consideratur, sed fauor vltimę voluntatis consideratur; Respondetur, quod fauor vltimæ voluntatis non ponderatur in particulari relicto, sed benè in principali dispositione hæredis, & ita cum hac solutione pertranseunt nouissimi, in d.l.Centurio; quam etiam retinet Galliaula ibi, num. 277.

Septimò tamen, pro eadem opinio. vrgere videtur text.in §.fin.infra, de pupill.substit. vbi habetur, quod maiori ita nemo substituere potest, si infra certum tempus decesserit, alius sit ei hæres;
129 pondero ibi illam negatiuam præpositam verbo (potest) quę negat omnem potentiam, ita, quod innuere videtur, quod actus contrarius nullius sit momenti, arg.l.non dubium, C.de legib.cum concordantib. deductis per Socin.iun.in Rubr.de verbor. oblig.& in d.l.Centurio, num. 206.

Respondetur primo, quod ille §. loquitur quo ad directam substitutionem, illa enim fieri non potest, & illius respectu dicitur negata omnis potentia, & sic actus erit nullus; sed an possit per obliquū substitui, vel facta per obliquum valeat, ibi non dicitur. Confirmatur hæc solutio per Socin.iun.quia ille text.loquitur, quando substitutio fit impuberi, vel extraneo, quo casu communis est opinio quod valeat per fideicommissum, vt per glos.& DD.in d.l.verbis ciuilibus. Nec obstat quod negatiua pręposita verbo potest, neget omnem potentiam: quia hoc non est semper verum, vt in l.stipulatio ista, §.alteri, iuncta glos.& ibi DD.ff.de verb. oblig & per Socin.iun.in l.1.ff.de verb.obligat.

Octauo mouentur DD.ex cap.si pater, de testamen.in sexto, in penult.responso, vbi dicitur, quod quando verba, ex persona cui fit, possunt conuenire substitutioni directæ, tunc debet interpretari vt directa, quamquam directa interdum ad fideicommissariam trahatur ex causa. Vnde Aret.ponderabat in l.Centurio, illa verba. QVAMQVAM INTERDVM EX CAVSA AD FIDEICOMMISSVM TRAHATVR; nam, si consideramus, quod semper substitutio compendiosa post pubertatem obliquatur, tunc ipsa obliquatio fieret regulariter, vbicumque non posset habere locum substitutio directa, non autem diceret interdum.

Respondetur per modernos, quod mens illius text.est, dicere, quod substitutio debet iudicari directa, si verba, & persona pariantur, licèt aliquando hoc fallit ex causa, puta, fauore matris, post pubertatem, vt in d.l.precibus, vel interdum, scilicet vbi non valeret vt directa, & sic vbicumque scilicet causa inualiditatis directę, hoc suadet.

Secundo retorquetur text.ille contra Aret. dicitur enim ibi, quod vbi persona & verba conueniant, & sit directa, ergo vult à cōtrario sensu, quod si persona non conueniat, vt quando filius esset effectus pubes, quod non obstantibus verbis directis, sit fideicommissaria.

Tertio respondet Socin.iun. quod directa quandoque trahitur ad fideicommissariam ex causa, vt ibi, hoc est, quod licèt sit facta per verba directa, obliquabitur in casu, & tempore, quo iure directo valere non potest, pro saluanda testatoris voluntate, quæ non potest esse maior causa, vt ita fiat, & hæc solutio est eadem cum prima.

Nono

Nonò confirmatur hęc opinio commun. ex Regula, Quod potui nolui, & quod volui, adimplere nequiui, l. multum interest, C. si quis alteri, vel sibi, ibi, dum quæ tibi non vis, alteri non pores, ita in casu nostro dicendum est, quod cum testator potuerit facere quod illa substitutio, vt pupillaria valeret, dicendo: & si intra pupillarem ætatem decesserit, sit hæres Caius, idque agere voluerit, sequitur, quod non possit postmodum ipsam substitutionem vella valere post pubertatem, iure fideicommissi.

131 Respondetur primo, quod Regula prędicta haberet locum in casu nostro, quando testator noluisset substituere per fideicommissum, prout in d. l. multum interest, vbi maritus sibi quærere noluit, vt ibi præsupponitur, sed in casu nostro vt supra dictum est, testator voluit post pubertaté substituere, & creditur per fideicommissum, argum. l. 3. ff. de milit. testam. & l. quoties, ff. de reb. dub. vbi habetur, quod id, quod ex nostra voluntate dependet, intelligitur fieri omni iure, quo melius fieri potest.

132 Secundo respondetur, quod in d. l. multum interest, clarè constabat, quod voluit acquirere vxori, non sibi, & ita verba illa important, nec aliter importare poterant, ex quo dixit, vendis vxori meę tale prędium? sed in casu nostro licèt testator vtatur verbis directis, tamen non constat clarè, quod voluerit substitutionem ita valere iure directo, vt ad fideicommissum trahi non possit, cum verba directa quandoque possint ad fideicommissum trahi, hac suadente Regula, quod verba semper eo modo intelligi debent, quo verificari possunt, l. quibus diebus, §. dominus seruo, vbi Bart. ff. ad Trebell. l. fundus qui locatus, ff. de fundo instr. l. mulier, §. 1. ff. de cond. instit. Sed in casu nostro non clarè constat vt dixi, quod testator voluerit ita substitutionem valere iure directo, vt ad fideicommissum trahi nequeat, vt in l. Scęuola, ff. ad Trebell. vbi substitutio quæ non potest valere iure directo, trahitur ad fideicommissum, ergo.

133 Decimò, & vltimò, pro hac opinione adducitur talis ratiocinatio, de qua per Atex. in l. Centurio, videlicèt; testator faciédo substitutionem post pubertatem, & aditam hæreditatem, verbis directis, videtur errare in nominibus appellatiuis, sed error in nomine appellatiuo viciat dispositionem, l. si quis in fundi vocabulo, §. 1. de leg. 1. nisi vt ibi dicitur, constet expresse, quod voluerit vno appellatiuo pro alio vti, vt per glos. & Bart. ibi, quod argumentum inducit etiam tacitè Alex. dum allegat d. l. si quis in fundi.

Respondetur primo, quod argumentum loquitur in nominibus appellatiuis inductis à iure ciuili.

Secundo respondetur ex Galliaula, quod d. l. si quis in fundi vocabulo, procedit, vbi aliquo modo nec propriè, nec impropriè, sub vno vocabulo aliud continetur, vt loquitur expressè ille text. & declarat glos. in l. Labeo, ff. de supell. leg. & glos. & Bart. in d. l. in ambiguo, ff. de reb. dub. Sed in casu nostro sub ipso vocabulo talis sit hæres, vel saltem institutio, potest fideicommissarius comprehendi saltem impropriè, l. si filius, §. 1. ff. quod cum eo, l. item veniunt, §. licet autem, ff. de petit. hęred. & probatur in l. ex facto, in princip. ff. ad Trebellian. Si ergo verba illa saltem impropriè possunt adaptari ad fideicommissariam substitutionem, videtur quod ad hoc, vt voluntas testatoris sortiatur effectum, qui vocauit substitutum quandocumque moreretur filius, & sic quando etiam post pubertatem, debebit trahi ad fideicommissariam, quo etiam fit, vt in substituendo libello, verba etiam impropriissimè capiuntur, vt per Innocent. in cap. ex litteris, de pignor.

134 Cum ergo opinio communis in iure non subsistat, non defuerunt qui in contrariam opinionem profecti sint; quod immo substitutio compendiosa facta per verba directa, uidelicèt, sit hæres; uel, talem instituo, quæ Bartol. appellat ciuilia, post tempora pubertatis ualeat iure fideicommissi, tenuerunt Ioann. Andr. in capit. Raynutius, de testament. & in capit. si pater, Cardinal. Florent. ibi, in d. capitu. Raynutius, Anania in d. capit. si pater, & Ant. de Butrio, in d. capit. dixit, quod de facto Florentiæ hæc opinio seruatur; & quod etiam hodie tenent communiter Canonistæ, ut refert etiam Alexand. in d. l. Centurio, nume. 64. Hanc sequuntur antiquiores, quos refert Cyn. noster in d. l. precibus, & post eos tenent Bald. & Angel. in l. 1. in princip. ff. eod. idem Bald. in l. ex tribus, & in l. & si sina, C. ad Trebellian. Salicet. in d. l. precibus, Geminian. in d. capit. si pater, de testamen. Hanc sequitur Politus, in tractat. Substit. in compendiosa, numero 22. Decius in d. l. precibus, C. de impuber. col. 11. & in hanc partem inclinat Socin. iun. in d. l. Centurio, num. 223. Galliaula ibi, nu. 285. quorum opinionem ut in iure æquissimam, ego libentissimè amplector. Et pro ea multa adducuntur argumenta; Ego autem urgentiora tantum referam.

135 Primo probatur per text. in l. Scęuola, ff. ad Trebell. ubi substitutio facta uerbis directis, trahitur etiam ad fideicommissariam, & pro hoc facit communis conclus. glos. in l. uerbis ciuilibus, ff. de uulg. & pupill. de qua communi opinione testatur Socin. iun. in d. l. Centurio, num. 209.

Nec obstat responsio Alexand. dicentis, quod illud ibi est, quia lex solum propter accidens resistebat ualiditati directæ substitutionis, scilicèt, propter codicillos, sed quo ad potentiam, potuisset fieri directò in testamento; sed in casu nostro lex resistit quoad potentiam, & essentiam, quia maiori non potest fieri directa post hæreditatem aditam, §. fin. infra eod.

Nam respondetur, quod illud potest in contrarium retorqueri, nam sicut ibi succurritur facienti directam in codicillis, ut ualeat iure obliquo, quia ille potuisset eam directò facere in testamento, ita & hic succurrendum uidetur utenti uerbis directis; ut scilicet pro conseruatione eius uoluntatis ualeat iure obliquo.

Non obstat etiam si quis diceret, quod text. in d. l. Scæuola, & glos. in d. l. uerbis ciuilibus, procedunt, eo quia nullo modo in illis casibus potuit ualere iure directo, vndè, ne substitutus sit penitus inutilis,

utilis, fit, quod verba directa trahantur ad fideicommissariam.

136 Respondeo; aut illa verba directa repugnant fideicommissariæ substitutioni, nec vllo pacto possunt illam significare, & tunc quod à principio nō potest valere iure directo, non potest trahi ad fideicommissum, l. si quis in fundi vocabulo, secundo responso, de leg. 1. Aut verba directa possunt aliquando importare fideicommissariam, nec omninò ei repugnant, & tunc dico, quod ad hoc, vt dispositio, & voluntas testatoris habeat locum, verba ipsa debent impropriari in materia vltimæ voluntatis, sicuti etiam infra dicemus; Præterea, ibi nullo modo potuit valere vt directa; trahuntur ad fideicommissariam, ergo multo magis vbi potuit valere, debet trahi ad fideicommissariam.

137 Secundò, pro hac opinione contra communem deducitur text. in l. precibus, C. de impub. & alijs substit. vbi substitutio, quæ potuit valere iure directo ante pupillarem ætatem, trahitur ad fideicommissum post pubertatem.

Nec obstat si dicatur, quod hoc factum est fauore matris; nam respondeo, quod non debet esse maior fauor matris, quàm fauor substituendi voluntatem testatoris, eo modo quo potest, argum. l. vel negare, ff. quemad. test. aperiant. Nec obstat si dicatur, quod ibi erant verba communia, non autem directa, nam respondeo, quod est mera diuinatio.

Non obstat etiam si dicatur, ibi esse speciale, nedum fauore matris, sed etiam fauore militis, vt valeat post pubertatem: nam respondeo, vt sentit Socin. iun. quod hoc non potest probari, cum non constet quibus verbis in d. l. precibus, testator vsus fuerit, imò, ex narratione facti potius colligitur fuisse verba directa.

Non obstat etiam responsio Ias. referentis Fulgosij intellectum, ac dicentis, quod ibi non valet post pubertatem iure obliquo, sed valet iure directo militaris, ex priuilegio ipsius militis, vt in d. l. Centurio, ff. eod. Nam respond. quod talis intellectus est reprobatus, & probari non potest, cum non appareat (vt dixi) quibus verbis fit vsus testator.

138 Tertiò deducitur text. in cap. Raynutius, de testament. in sexto; vbi dictum est, quod si impubes instituta absque liberis moreretur, Alietoccha, & eius soboles eidem impuberi succederent, & tamen post pubertatem habet locum fideicommissum.

Nec obstat si dicatur, quod ibi verbum (succedere) est verbum commune, vt dicit Bart. in d. l. Centurio, in vers. quinto dubitatur. Nam respōd. quod non est hoc admittendum, ex quo quando testator dicit ipsi impuberi succedant, eo casu tale verbum dicitur simpliciter directum, cum impuberi non possit succedi, nisi per directā substitutionem. Bald. in l. fin. col. fin. C. de sacrosanct. eccles.

139 Alex. in l. iam hoc iure, ff. eod. Quod autem illud verbum (succedat) quando non simpliciter ponitur, sed ponitur cum adiuncto impuberi, semper dicatur verbum directum, voluit Fulg. in cons. 15. & per Bald. in l. fin. C. de sacrosanct. eccles.

Nec obstat etiam responsio Socin. iun. dicentis, quod in d. cap. Raynutius, verba illa, SINE LIBERIS, arguunt fuisse factam substitutionem obliquam, cum illa propriè verificentur in tempore pubertatis: nam respon. quod etiam illa verba, SI SINE LIBERIS DECESSERIT, important etiam non solum obliquam, sed etiam directā, vt suprà firmauimus in substitutione compendiosa, in tertio quæsito.

140 Quartò deducitur text. in l. ex facto, in prin. ff. ad Trebell. & in l. filiusfam. §. si quis, de legat. 1. vbi verba illa, hæredem facias, quæ sunt directa, important fideicommissum, & exponuntur, idest hæreditatem restituas.

Nec obstat responsio Cumani, quod ibi facta fuit fideicommissaria substitutio, & satis expressè constat ex verbis testatoris: nam licèt id de quo hæres rogatur, videatur habere in se ius directum, tamen si fit per modum fideicommissi, semper dicitur fideicommissum; Sic in simili in l. quærebatur, de mil. testam. in principio. Nam respon. quod ibi sunt verba merè directa, non autem obliqua, seu fideicommissaria, sed legis interpretatione, & præsumpta voluntate testatoris, important fideicommissum.

141 Quintò ad eandem opinionem comprobandam facit; In dispositionibus testatorum nunquam verborum interpretatio tantum valere debet, vt melior sensus existat, l. 3. C. de liber. prætern. & ne dum nimia vtimur subtilitate, iudicia testantium defraudentur, l. si quid hæredi, in fine, C. de instit. & substit. sed si dicimus talem substitutionem non trahi ad fideicommissum post pubertatem, certè, verba magis consideramus quàm sensum, & voluntas testatoris, quæ fuit, substitutum debere admitti instituto quandocumque decedente; nec verba omninò repugnant, quia saltem impropriando possunt deseruire menti & voluntati testatoris; cap. requisiti, de appellat. cum possit dici, quod talis sit hæres, scilicèt fideicōmissarius, vel talem instituo hæredem; scilicèt fideicommissarium, facit l. quoniam indignum, C. de testam. l. cum verum, C. de fideicommi. l. 2. C. commun. de legat. in quibus patet; quod de verbis non est curandum, dummodò habeatur voluntas testatoris, quæ aliquo modo ex verbis ipsius colligi possit. Præterea, si vulgaris trahatur ad pupillarem, & è contra, in quibus verba vtrius substitutionis contrariantur alteri, l. iam hoc iure, ff. eod. & hoc propter coniecturatam mentem testatoris, tanto magis debet trahi directa ad fideicommissariam, vbi de voluntate expressa non autem de coniecturata mente appareat substitutum succedere voluisse, quandocumque institutus decedat.

Confirmatur, & vltimo: nam testator dicendo quandocumque decesserit, ostēdit, quod etiam post pubertatem voluerit substituere, si tunc moriatur, et cum tunc directò nō possit, credendum est quod voluerit eo modo, quo possit, & sic per fideicōmissum, quia semper voluntas ad possibilia aptari debet, l. Lucius, §. penult. ff. ad municipal.

142 Nec obstat responsio Alex. defendentis Bart. opinionem, qui dicit omnia suprà dicta procedere, si testantis voluntas cōgruis verbis fuerit expressa, aliàs secùs, vt probari uidetur in l. si seruus legatus, §. si seruus alienus, de leg. 1. Nam respond. quod

hæ-

hæc solutio est minimè tuta, immo est contra text. in l. quoniam indignum, C. de testamen. & contra l. insolá, ff. de præscript. verb. de quibus supra.

Nec obstat responsio Ias. dicentis, quod argumenta superius excitata non procedunt, nisi verba contraria, & repugnantia exprimantur; at in casu nostro verba illa directa sunt contraria, & repugnant fideicommissariæ substitutioni, vt per eum, ergo. Nam respond. quod si hoc esset verum, non valeret etiam si esset facta impuberi, quod est contra glos. communiter receptam, in d. l. verbis ciuilibus. Item non est verum, quod in casu nostro verba sint omninò repugnantia: quia verba directa, vt hæres sit, vel similia ex lata quadam significatione, possunt in fideicommisso verificari; Vnde ex his firmo veriorem esse hanc opinionem, quæ in puncto iuris æquissima est, & in iudicando amplectenda.

143 Quantum verò attinet ad decimum caput, in quo quæritur; An priuilegium concessum militib. vt possint etiam post pubertatem directò substituere, habeat locum tantummodo quando faciunt testamentum in castris, an verò extra castra, puta domi, vel alibi, & sit tamen miles. Qua in re variæ sunt opiniones, & pro negatiua, quod non competat hoc priuilegium, nisi militantibus, & occupatis in expeditione, prob. ex l. pen. C. de testament. milit. ibi, HIS TANTVM MILITIBVS, QVI IN EXPEDITIONE OCCVPATI SVNT BENEFICIVM INDVLGETVR.

144 Secundo probatur ex l. fin. §. his itaque, de inoff. testament. vbi militibus in expeditione occupatis iure suo, hoc est militari concessum est testari, veteranis verò iure communi, ergo occupatis tantum in bello priuilegium hoc tribuitur.

Augetur & tertio hæc opinio ex §. 1. infra, de milit. testam. vbi priuilegium militibus tantum competit, quando in expeditione sunt occupati, illis autem temporibus quibus citrà expeditionem in alijs locis degunt, minimè sibi hoc priuilegium in testando vendicent.

Quarto confirmatur ex §. sed hactenus, eo. tit. de milit. testam. vbi priuilegia militum in testando concessa hactenus eis competunt, quatenus militant, & in castris degunt.

145 Quinto deducitur text. in §. pen. de exhæred. vbi priuilegium quod militi competit, vt filius præteritus, qui pro exhæredato habetur, non possit querelam inofficiosi proponere, habet locum quando miles est in expeditione, ergo.

Sexto & vltimo facit text. in l. 1. in fine, C. de testament. milit. vbi hoc expressum est.

146 Contrariam tamé opinionem quam veriorem esse existimant Socin. iun. in d. l. Centurio, nu. 46. & Leon. in suo tract. substitut. num. 103. omissis authoritatibus prob. in l. ex eo tempore, ff. de milit. testam. vbi ex eo tempore primum quouis in numero redactus est, incipit militari iure posse testati, non ergo requirit ibi, quod sit in expeditione occupatus, sed sufficit, quod in numero militum descriptus sit.

Secundo prob. ex l. militari, ff. eod. vbi militi de licto militari damnato, licet de bonis suis iure quidem militari, testari: & tamen non possumus dicere, quod esset in castris, vel in expeditione, cum prius lata fuerat sententia capitalis contra eum.

Prob. & tertio ex l. Centurio, ff. eod. in sui generalitate, cum dicat ibi simpliciter substitutionem sic à Centurione factam iure directò post pubertatem valere, esset tunc maxima restrictio, si vellemus intelligere, illud tantum procedere, quando erat in castris, nec credendū est, quod I. C. ita simpliciter loquutus fuisset, si de illis tantum, qui erāt in castris intellexisset, facile enim hoc erat exprimere, argum. l. 1. §. sin autem, C. de caduc. tollen. 2

Confirmatur hoc vltimo loco ex l. quærebatur, §. fin. & in l. miles ita, in princ. & in l. milites etiam ijs, & in l. cum filiusfam. & in l. in fraudem, §. pen. ff. de milit. testam. vbi simpliciter loquuntur, hoc priuilegium competere militibus, non autem seipsos restringunt ad eos, qui sunt in castris, vel in expeditione.

Nec obstant in contrarium adducta, & primo non obstat text. in l. pen. C. de test. milit. cum consocijs, quia respondent Socin. iun. & Leon. in suo tract. Substit. quod loquuntur de illo priuilegio, vt quoquo modo velint, & quoquo modo possint testentur, & tunc ego fateor illud priuilegium competere tantum illis militibus, qui in expeditione constituti testantur, & ita procedat text. in princ. de milit. testam. & ita etiam procedat text. in §. pen. infra de exhæred. lib. nam illud priuilegium, quod conceditur militibus in testando, cōceditur ob necessitatem conflictus, quia ibi deficiebat facultas conuocandi numerum testium, & ideo lex illis concessit, vt quoquo modo velint testentur, etiam si in puluere, aut in clypeo sanguine scripserint, l. milites, C. de test. mil. Nos uerò loquimur de eo priuilegio, quod non conceditur ob necessitatem, sed propter simplicitatem, seu propter vtilitaté, quam in commoni afferunt Rempublicam tuendo, quemadmodum est priuilegium istud, vt possint directò post pubertaté substituere, quod priuilegium cōpetit etiam ipsis extra castra existentibus, dummodo sint milites. 2

Vnde cum hoc priuilegium substituendi non sit de illis quæ cōcedunt ob necessitatem, sed per quandam illorum præeminentiam quæ militibus debetur, ideo competit etiam eis extra castra existentibus. Non obstat etiā text. in l. 1. C. de milit. testam. vbi text. se restringit ad milites in expeditione occupatos: nam loquitur de illa voluntate rudi et nuda ab omni solemnitate, quæ debet seruari pro lege in illo tantum casu, quando est in expeditione occupatus, illud autem priuilegium, vt miles possit pro parte suorum bonorum testari, & pro parte non, procedit nedum quando est in expeditione, sed simpliciter militi est permissum, l. si duobus, ff. de testam. milit. & idem prob. in l. 2. C. eod. 2

Ego tamen vt ingenuè fatear, credo opin. communem veriorem esse, contra Socin. iun. & Leon. quod hoc priuilegium substituendi concessum militibus, non extendatur ad eos, qui sunt extra castra; quæ opin. vltià præallegata superiùs, probatur.

147 Pri-

147 Primo per text. in l. licèt inter priuatos, C. de pact. vbi priuilegium competit eis tantum qui in belli discrimine versantur, ergo.

Secundo priuilegium non detrahendæ Falcidiæ, competit tantum his, qui in castris sunt, l. pen. ff. de milit. test. §. hactenus, infra, de milit. testam.

Tertio confirmatur per text. in l. 1. C. de testam. milit. vbi ille dicitur miles priuilegiatus, quando est in expeditione, ergo. Nec obstat respósio Socini iun. & Leon. dicentis, quod illa iura loquuntur de priuilegijs, in quibus requiruntur solénitates: nam ego respondeo, quod loquuntur generaliter,

148 Nec obstant adducta in contrarium, & primo non obstat text. in l. ex eo tempore, in l. miles etiam, & in l. milites ita, in princ. ff. de milit. testam. & in l. Centurio, ff. eod. vbi illa iura loquuntur generaliter, & simpliciter loquuntur de milite, ergo intelligendum est etiam de illis qui sunt domi extra castra; nam respondeo, quod licèt generaliter loquantur, tamen non repugnat, vt ipsa declarentur per alia iura dicentia hoc priuilegium concessum esse militantibus, cum non sit nouum vnam legem per aliam declarari, l. non est nouum, ff. de legib. & senatuscons.

Non obstat etiam text. in l. quærebatur, §. fin. cum consocijs, quæ deducuntur per Socin. iun. in l. ex militibus, C. de testam. milit. in l. si quis, §. miles, de legat. 3. nam respondeo, quod priuilegium, de quo ibi, non est concessum militibus, sed bonis; at nos loquimur de priuilegio personali, ergo illud non competit militi extra castra moranti,

Non obstat etiam si deducatur tex. in l. si miles, ff. ad l. Falcid. vbi priuilegium Falcidiæ deficit militi post missionem, sicuti deficit ei qui est in castris, ergo.

149 Respondeo, quod milites tribus temporib. considerantur. Primum est, quando est in castris. Secundum est, quando ipse est domi, Tertium, quando ob sua merita, vt veteranus dimissus est à militia; Modo dico, quod illud priuilegium non est concessum personæ, sed bonis, scilicet illud priuilegiũ, de quo in l. si miles, ergo. Remanet ergo explicata hæc opinio, quod priuilegium substituendi concessum militibus, non extenditur ad eos, qui sunt extra castra: Et latius hanc dispositionem explicauimus in responso in causa validitatis codicillorum factorum ab Illustrissimo D. Clappino Vitellio in bello Germanico moriente, & firmauimus illius codicillos iure militari non valuisse cum non esset in castris,

150 Vndecimum erat caput, vt videremus, an priuilegia concessa substituendi militibus, extendantur ad milites nostri temporis; qua in re non insistendo, dico esse distinguendum; Aut milites, de quibus quærimus, sunt milites aurati, qui non vacant rei militari pro Republica, sed conterunt tempus eorum more pauonum in palatijs, & intendunt magis mercantijs, & negocijs, quàm armis, isti enim sunt milites tantum, qui aurata cauda incedunt gloriabundi, & fastu tumidi, & tunc concludendum est, quod priuilegia concessa militibus, ad eos non extendantur; ita firmat Alexand. in dicta l. Centurio, quem alij communiter sequuti sunt, & ante omnes fuit decisio Cyni nostri, in l. prima, col. pen. C. de iur. & facti ignor. vbi Bart. & idem Bart. in l. miles, ex quibus caus. maior.

Aut verò sunt milites, qui vacant armis continuo, & sunt semper parati ad militiam pro tutela Reipub. vt sunt illi, qui habent stipendia Principis, tunc illis competunt talia priuilegia; & licèt hodie non sint amplius in vsu illæ solemnitates, quæ olim in creandis militibus requirebantur, vt habetur in l. penul. ff. ex quib. caus. maior. Auth. de mand. Princip. in fine, nõ ideo tamen minus milites sunt, quia alia solénitas in illius antiquæ locum hodie seruatur; licèt ergo talis solemnitas in creandis militibus sit sublata, & forma illa antiqua, non tamen est sublatus effectus; nam illi milites de iure antiquo consequebantur illa priuilegia, nõ propter solemnitates, sed quia erant parati omnia pericula subire pro Repub. qui effectus etiam hodie reperitur in nostris militibus, ergo eadem priuilegia competere debent. argum. l. 1. C. de formul. sublat. l. actio, ff. de neg. gest. & istam opin. sequuti sunt omnes DD. & illam in terminis tenuerunt Galliaula in d. l. Centurio, num. 17. & Leon. in suo tract. substit. num. 12. Moder. Bononiens. in d. l. Centurio, nu. 34. & ideo milites Hierosolimitani, Sancti Iacobi, & alij stipendarij, tam equites, quàm pedestres, debent gaudere his militum priuilegijs.

151 Et propterea tales milites non sunt torquendi, iuxta l. milites, C. de quæst. vbi notat Bart. nec etiã possunt conueniri nisi in quantum possunt, non vltrà, l. miles, ff. de re iudic. nec etiam carcerari, vt per Bald. in l. 1. C. qui bon. ced. poss. & licèt hodie vsus sit in contrarium, tamen iste vsus, vel consuetudo non valet, vt est text. in l. omnes iudices, C. de Decurion. lib. 10. & ibi notat Bart. voluit Roman. in Singul. 488. DD. in l. Centurio, ff. eod. vbi Galliaula.

152 Vltimum est quæsitum, an priuilegia, quæ militibus in testando conceduntur, & inter cætera istud, quod post pubertatem possint directò substituere, competant etiam Doctoribus publicè profitentibus, aut Aduocatis, & principum consiliarijs.

In quo articulo tam dubio, varij, varia sumpsere, & partẽ affirmatiuam, in fauorem ipsorum Doctorum tenuerunt Alex. in l. Centurio, ff. eod. & in cons. 94. colum. 2. vol. 1. Galliaula in d. l. Centurio, num. 19. & Leon. in d. tract. substit. num. 183. pro qua plura deducuntur fundamenta, &

153 Primo deducitur text. in l. aduocati, C. de aduo. diuers. iudic. in quo fundatur hæc tota quæsito, vbi habetur, quod aduocati sunt milites, vndè argumentor sic. Cui verba legis competunt, competit etiam legis dispositio, argum. l. 1. §. is qui nauem, ff. de exercitator. Sed verba legis in nostro priuilegio sunt de militibus, & aduocati sunt milites, d. l. aduocati, ergo.

Ego autem, qui unà cum alijs sum insequuturus opinionem contrariam respondeo ex Socino iun. in dicta l. Centurio, sub nume. 56. quod ibi aduocati sunt impropriè milites, non autem ex communi vsu, dicuntur enim militare largo quodam

dam

dam modo, & in his terminis loquić d.l.aduocati.

Secundo respundeo, quod dicta ratio procedit in certis priuilegijs simpliciter concessis militibus, sed hoc priuilegium non fuit concessum ex generali ratione publicæ vtilitatis, sed propter illam specialem rationē præsumptę ignorãtiæ, & occupationis armorum, quæ non cadit in Doctores, vt j. dicemus, ideo non debet fieri extensio.

154 Secundo deducitur; Aduocatis in pluribus conceditur id quod militi concessum est, ergo hoc etiam debet dici cōcessum, arg.l.non possunt ff.de legib. Patet hoc: quia aduocati condemnantur ad instar militum, in quantum facere possunt, vt inquit gl. in l.miles, ff.de re iudic.

Respond. ex Socin.quem alij sequuntur, quod illud priuilegium conceditur propter dignitatem, ne vilescat, & ne laborent fame: quæ ratio militat etiam in Doctoribus, qui dicuntur esse in dignitate, & ideò fit extensio; at hoc priuilegum testandi, & substituendi concessum militibus, fuit concessum alia speciali ratione scilicèt propter imperitiā, & armorum occupationem, quæ ratio cessat in Doctoribus.

155 Tertio adducitur priuilegium militi cōcessum, ne rumpatur testamentum propter filij præteritionem, extenditur etiam ad Doctores, glos.est in l.1. in verbo militare, vbi etiam Bart. ff.si quis à par. fuer.manumis.

Respondetur vt supra, quod illud priuilegium concessum fuit ratione dignitatis, & gratificationis, ad hoc, vt facilius inuitarentur homines ad militandum, quę ratio militat etiam in Doctoribus: at hoc priuilegium fuit concessum ex sua speciali ratione, quæ non cadit in Doctores, ergo.

Quarto comprob. hæc opinio per theoricam Cyn. & Salicet.in l.1.in 5.quæst. C.de iur.& facti ignor.qui dicunt, priuilegia concessa militibus, extendi ad Doctores.

156 Respond. ex intentione ipsius Cyni, quod eorum dicta non procedunt in priuilegijs concessis militibus propter præsumptam ignorantiam & simplicitatem, & ideo priuilegium, quod peremptoria exceptio omissa, possit opponi post sententiam, non extenditur ad Doctores: quia illud conceditur militibus propter ignorantiam iuris, quæ non cadit in Doctores, dicta verò Cyni & Salicet. sibi locum vendicant in illis priuilegijs, quorum ratio concessionis militat etiam in Doctoribus.

157 Quinto augetur; Lex loquens in vno ex ęquiparatis, procedit & in altero, glos.in l.2. C.de curat. furiosi. Bald.in l.infantis, C.qui admitti, sed Doctores ęquiparantur militibus, d.l.aduocati, ergo.

Respond. quod argumentum ab ęquiparatis valet, quando militat eadem ratio, vt per DD.in l.1.de leg.1.at in casu nostro est diuersa; cum ipsi DD. non sint occupati quemadmodum milites, nec imperiti sicuti sicut ipsi, ergo.

Secundo respond. vt facit Socin.iun. quod arg. valet, quando est facta ęquiparatio per viam regulæ, vt not.per DD.in d.l.1.de leg.1.sed in d.l.aduocati, simpliciter dicitur, quod etiam aduocati dicuntur militare, ergo.

Sexto priuilegium concessum militibus ne possint torqueri, l.desertores, §.1.ff.de re milit. C.de quæst.extenditur etiā ad aduocatum, dixit Cyn.in d.l.milites, & not. Bart.in l.1.C.de aduocat.diuers. iud.ergo & istud concessum videtur.

Respond.vt supra quod illud priuilegium conceditur militibus propter dignitatem, & ne nimia exercitiū militare vilesceret, quæ ratio cadit etiam in Doct. at priuilegiū de quo disputamus, est concessum alia speciali ratione, quæ non cadit in Doctores, ergo.

Septimo arguitur, priuilegium hoc militibus conceditur sicuti cętera ratione publicę vtilitatis, cum ipsi propria virtute plurimum conferant, vt inquit text. ille, in l.miles, C.locati, l.1.ff.de milit. test.l.1.l.milites, & l.fin. C.de milit.test.sed ista ratio viget etiam in Doctor, vt notat glos.in l.1.C.de stud.liber. vrb. Rom. lib.11.dicit Bart. quem alij sequuntur, in l.1.sol.matr.& probatur in d.l.aduocati, ergo ex identitate rationis debet fieri extensio, l.illud, ff.ad l.Aquil.l.fin.C.ad legem Falcid.à Titio, ff.de furt.

158 Respondetur, verum esse quod quædam priuilegia sunt concessa ratione publicæ vtilitatis, & quædam etiam ratione dignitatis, & ratione gratificationis, vt homines inuitētur ad laborandum, & hæc extendi possunt ad Doctor. at hoc priuilegium non fuit concessum principaliter ob publicam vtilitatem, sed specialiter propter pręsumptā, & occupationem, ergo nō est eadem ratio, quemadmodum dicebat Socin.iun.in d.l. Centurio, nume.67. cum in milite magis attendatur simplicitas, & ignorantia, quæ cessat in Doctor. quàm attendatur publica vtilitas.

159 Octauo deducitur pro opin. affirmatiua; Doctor velut dignior militi præfertur, vt tradit Bald. in proem. ff. vetus in vltima quæst. motus per l.sicut in bellum, vbi glos.ff.de cap. & postl.reuersis. Si ergo miles directò potest substituere, ergo à fortiori poterit Doctor, Authent. Multo magis, C.de sacrosanct.eccles.

Respondeo primo loco, negādo, quod Doctor. pręferantur militibus, imò quandoque miles pręfertur Doctori, in actu militari, quandoq; pręfertur Doctor in actu Doctorum, quemadmodum tradunt DD. sic distinguēdo, in l.cū quid, ff.si cert. pet. vbi Mod.Bonon.tradit Signorolus de Homodeis, in tract.de præcedentia militū, & Doctorum.

Præterea, non valet consequentia, aliquis est dignior in aliquo, ergo habet priuilegia alteri cōcessa; nā potest esse, quod illa priuilegia sint cōncessa alia ratione, quàm dignitatis, vt est in casu isto.

160 Nono mouebantur DD. & pręcipuè Alex. in exorbitantib. ex identitate rationis fit extensio ad casum omissum, qui latè sumpto vocabulo, continetur, l.filiū habeo, ff.ad Maced.tradit gl.in Clem. 1.de elect.imò fit extensio ad casum, qui nullo modo ēt impropriè nec largè cōpræhenditur, casus est in l.libertum, §.Senatus, ff.de ritu nupt.iuncta l.1.C.de interd. matrim. int. pup. & tut. vbi S.C. illud loquitur de tutore, & curatore, ac eorum filijs, vt in l.pen.eiusdem tit. & nihilominus extenditur, vt habeat locum in quibuscumque hæredibus tutoris & curatoris, dicta l.libertum, §.

Senatus, & tamen filiorum appellatione nullo modo veniunt hęredes extranei, illud tamen fit; q. militat eadem ratio, vt ibi expresse dicitur; at Doctor saltem latè sumpto vocabulo, dicitur miles, vt in d.l. aduocati, ergo leges loquentes de milite, etiam in Doctoribus procedunt.

161 Respond ex Socin. & Ias. in d.l. Centurio, argumentum non procedere, qñ est eadem ratio, vt traditur in l. si constante, soluto matr. at hic diuersa est ratio, vt supradictum est cum sit priuilegiũ hoc concessum propter ignorantiam, vt supra, ergo.

Secundo respõderi potest, quod regula illa non procedit in priuilegijs, in quib. nullo modo fit extensio, l. ius singulare, ff. de legib. dicitur, n. priuilegiũ lex priuata, & contra legem cõem inductum, cap. priuilegia, 3. distinct. gl. in l. quod fauore, C. de legib. vnde dicebat Socin. iun. quod nedum strictè, sed nec etiam strictissimè est interpretandum

162 Decimò & vltimò, pro hac opin. argumẽtatur; In fauorabilib. extensio fit de casu ad casum, gl. in l. illud, C. de sacrosc. eccl. & in l. quę propter necessitatem, de reg. iur. Bartol. in l. si constante, in nona quæst. soluto matrim. & plura cumulat Alex. in d.l. Centurio, qui prædicto argumento vtebatur.

Respond. quod hoc procedit, quando militat eadem ratio, vt per doctrinam cõmunem, in Rub. soluto matr. at hic militat diuersa ratio, vt iam millies dictum est, ergo cessat prædictum argum.

163 Contrariã opinionem, q; imò priuilegium hoc substituendi, & alia concessa militib. in testando, minimè Doctorib. legentib. & aduocatis concedantur, tenuerunt Ias. Socin. sen. Claud. Seisell. & Ripa, in d.l. Centurio, ff. eod. vbi Socin. Iun. nu. 51. eandem tenuit Corras. in l. precibus, nu. 20. C. de impub. Zasius, & Politus in tract. Substit. in subst. compendiosa, nu. 7. & Mod. Bonon. in d.l. Centurio, nu. 14. cum seq. testatus est etiam de communi Leonius, in d. tract. Substit. nu. 124 et tandem, hęc est cõis opinio, de qua testatus est Soc. iun. nu. 52. in d.l. Centurio, & Moder. Bonon. ibi, sub num. 17. quã opin. vt veriorem, ego libentissimè amplector, pro qua plura maximi ponderis deducuntur, &

164 Primo; hoc priuilegium substituẽdi concessum militibus, est cõcessum propter imperitiam causatam ex armorum occupatione, quibus vtebantur in fauorem Reipub. pro qua vitam ponere parati erant, l. 1. ff. de milit. testam. est text. in princ. & per tot. J. de milit. testam. l. fin. in prin. C. de iure delib. quæ ratio non militat in ipsis Doctor. vt patet ad sensum, ergo. Nec obstat text. in l. aduocati, C. de

165 aduoc. diuers. iudic. vbi aduocati dicuntur milites: nam ego respondeo vltra respõsiones supra per me traditas, quod ipsis dicuntur militare in sua militia literali, pro se ipsis, non autem pro patria, pugnãdo, & sic largo modo dicuntur milites, & quilibet in sua arte dicitur militare, vndè, attenta, dispositione illius legis, dici oporteret, quod omnib. non solum Doctoribus, sed ẽt artificibus competeret hoc priuilegium, quod tamen est falsum, ergo. & quod non competat ipsis Doctor. patet: quia ipsi sunt iuris periti, & non indigent priuilegijs, in defectum iuris, quod secùs est in militibus.

166 Secundo, pro hac opinione communi deducitur. Hæc priuilegia dicuntur exorbitãtia, ideo sunt restringẽda, & strictè interpretanda, l. 1. C. de cõst. princ. cap. sanè, de priuileg. l. si vero, §. de viro, soluto matrim. vbi Scribentes. Sed istud priuilegium substituendi directò, de quo in l. Centurio, dicitur exorbitãs, ergo ad alias personas, & sic ad Doctor. non debet extendi. Nec obstat responsio Alex. in d.l. Cẽturio, nu. 14. dicẽtis, hoc procedere in odiosis, & in his, quæ non continentur sub lato sumpto vocabulo: at hoc priuilegiũ est fauorabile, & aduocati lato sumpto vocabulo, dicuntur milites, ergo. nam respond. quod extensio permittitur in illis casibus, in quibus militat eadem ratio expressa in concessione, at priuilegia sunt concessa militibus ratione imperitiæ & ignorantiæ; ita inquit text. in d.l. 1. ff. de milit. testam. cum concord. quæ quidem ratio ignorantiæ iuris, non militat in Doctor. imò turpe est, Doctores leges ignorare in quibus versantur, l. 2. §. Seruius Sulpitius, de orig. iur.

Præterea, illud priuilegium est concessum militibus propter occupationem, vt inquiunt prælegata iura: nam sunt occupati milites, aut pugnando, vel se defendendo, vel esse in vigilia, quę omnia non considerantur in Doctoribus degentibus domi; & in hoc hallucinatus est Leonius, in d. suo tract. Substit. nu. 158.

Nec obstat si quis subtiliter objiceret, maximum est in ciuitate Iuris peritos habere, vt dicitur in d.l. 2. Nam respond. quod maximũ est, sed non per hoc sequitur, quod ipsi debeant gaudere priuilegijs militaribus, nam in illis non consideratur illa publica causa, quæ procedit ex armis, quemadmodum consideratur in militibus.

Tertiò, pro hac opinio. communi negatiua; ad hoc, vt militibus priuilegia competant, requiritur, vt concurrant illa omnia, de quibus in l. pen. ff. ex quib. caus. maior. & in Auth. de mandat. prin. §. fin. facit text. in l. ex eo tẽpore, ff. de milit. testam. §. fin. infra eod. tit. sed ista non concurrunt in Doctor. nec concurrere possunt, ergo non debent gaudere illorum priuilegijs.

Nec obstat responsio Alex. quod non conceduntur alijs personis, quando non sunt similes; at Doctor. dicuntur esse similes ipsis militibus, & parem Reipub. vtilitatem afferunt, quemadmodum dicebat Leonius, & in suo exercitio dicuntur militare, ergo sequitur, quod ad eos etiam priuilegium extendatur.

Nam respondeo, quod esset verum, quando militaret eadem ratio in indiuiduo, quod tamen est falsum, cum militibus sit concessum priuilegium propter occupationem, & propter imperitiam, quæ non considerantur in Doctore.

Quartò diuersa sunt nomina, diuersæ professiones, diuersi tractatus Doctorum, & militum tot. tit. ff. & C. de milit. testam. tot. tit. C. de aduoc. diu. iud. ergo &c. argum. l. si idem, C. de codicill.

Nec obstat responsio Leonij dicentis, verum esse, diuersos esse milites & Doctor. inter se nomine, professione, seu exercitio, tñ. quia est facta ęquiparatio inter Doctor. et milites ab ipso Imperatore, in d.l. aduocati, & in l. fori, C. de aduoc. diuers. iud. ergo. Nã respõsio patet ex responsionib. deductis ad

nonum

nonum argumentum, vbi dicebamus, argumentum ab æquiparatis valere, quando est eadem ratio, quod secùs est hic; item, quando esset facta æquiparatio per viam regulæ.

167 Quintò, priuilegia, sicut & alię dispositiones, recipiunt interpretationem secundum modũ loquendi, l. librorum, §. quod tamen Cassius, de leg. 3. l. Labeo, de supel. leg. l. sciendum, §. illud, ff. de ædil. edic. sed secundũ communem vsum loquendi, Doctor non dicitur miles, ergo non cõpręhenditur in priuilegio, cui enim non conueniunt verba, nec etiã dispositio conuenit, l. 4. §. toties, ff. de damno infec.

Nec obstat responsio Leonij dicentis, quod licèt secundum cõmunem vsum loquendi Doctor non sit miles, tamen æquiparatur ipsi militi. Nam respondetur vt suprà in præcedenti argumento.

168 Nec etiã obstat responsio Alex. dicentis, ꝙ dispositiones hominũ recipiunt interpretationem à iure communi, & dispositiones legũ recipiunt interpretationem à mente facientium leges, vel concedentiũ priuilegia, l. ita vulneratus, ad l. Aquil. l. Gallus, §. itẽ credendũ, et §. & quid si tantũ, de lib. & posth.

Nam respondeo, quod nulla fit interpretatio, & extensio ad casum non expressum, nisi militet eadẽ ratio: at ratio cõcessionis priuilegij, & ratio occupationis, & ignorantiæ, qua Doctores ipsi carẽt, ergo.

169 Sextò deducitur text. in l. fi. C. de interd. matrim. vbi dispositio legis prohibentis matrimonium posse contrahi inter tutorem, & pupillam, non extenditur ad protutorem, qui tamen latè sumpto vocabulo, est tutor, & in quo militat eadem ratio; ad idem facit text. in l. minus, de verb. signific. in l. cui eorum, §. fin. ff. de postul. ergo multo magis in casu nostro dicendum est dispositionem de milite loquente, non habere locum in Doctore.

Nec obstat responsio Alex. dicentis, ꝙ non est per omnia eadem ratio in protutore, quę est in tutore, quia protutor non habet eandem potestatem; quam habet tutor, l. 2. ff. de eo qui pro tut. neg. gess. Nam respondeo, quod illa ratio prohibendi matrimonium inter tutorẽ, & pupillam, ne s. fraus committatur in ratione reddenda administrationis, pariter militat in protutore, sicuti in tutore, cum ille protutor teneatur reddere rationem administrationis sicut & tutor, l. 1. ff. de eo qui pro tuto.

Nec obstat etiam responsio Leonij, dicẽtis, ideo non trahi dispositionem illam ad protutorem, quia ex aduerso militat alia causa fauorabilis, nempe, matrimonij non impediendi, quod fauorabile est, in l. 1. ff. sol. matr. ideo noluit lex ob falsum tutorem impediri matrimonium, quod secùs est in casu nostro: nam respon. quod hoc esset verum, si ratio, quę consideratur in milite, militaret in ipso Doctore, at hoc est falsum, vt suprà toties probatum est, ergo.

Septimò deducitur tex. in l. 1. ff. de bono. poss. ex test. mil. vbi pręses prouincię, legatus, & alij, magis militare dicũtur pro Repub. quàm aduocati, & alij Doct. profitentes, publicę. n. personæ illæ dicuntur, l. 1. §. huius studij, de inst. & iure, & tamen illis non cõpetunt priuilegia in testando, quę competunt militibus, nisi quando sunt in prelio, vt ibi dicitur, & ita ex eo tex. argumentabat Galliau. in d. l. Cẽturio, sub nu. 48. & similis est text. in l. fin. ff. de mil. testa.

Nec obstat responsio Leonij dicentis, quod illi præsides prouinciæ, & legati, de quibus in d. l. 1. non repetiuntur à lege æquiparati militibus, quando sunt extra expeditionem, quemadmodum sunt Doctor. nam respondetur, quod hoc pręsuppositum Leonij falsissimum est, vt supra demonstrauimus, cum nulla sit facta æquiparatio.

170 Octauò deducitur text. in l. quod constitutum, ff. de mil. testa. vbi priuilegium quod militare testamentum valeat post annum, non trahitur ad tribunos, qui veri sunt milites, quia verbum illud (post missionem) non conuenit eis, ergo tanto magis non extenditur hoc ad Doctor. cum ipsi nõ solum non sint in expeditione, sed etiam non sunt ignari literarum, quemadmodum sunt ipsi milites.

Vnde ex his omnib. patet satis, veriorẽ esse in puncto iuris opin. cõmunem, priuilegia concessa militibus in testãdo, & pręcipuè illud substituẽdi directò post pubertatẽ, non esse cõcessa iuris togatis, & sic Doctor. legentibus, & Aduocatis, & per cõsequens sunt ẽt expedita ea omnia, quę dicenda videbantur circa substitutionem cõpendiosam, vltimã speciem directę substitutionis. Et ex his etiã est expeditum octauũ caput principale, de quo meminueramus in prin. huius Rubr. nostrę, videlicèt quinã essent directarũ substitutionum effectus, ex quo oẽs 10 quælibet specie substitutionis à nobis relati fuerunt.

171 Nonũ sequitur caput quod principaliter in hac Rubr. explicare polliciti fueramus, pertinẽs ad substitutionẽ fideicommissariam: nam cum supra oĩs substitutio fuerit à nobis distincta in directã, & fideicõmissariam, seu obliquã, & iam de directa pręfati fuerimus, sequitur, vt ad secundum membrum nostræ distinctionis accedamus. De illa igit᷑ loquuturi, ita illam explicare intendimus, si videtimus.

Primò, quid sit fideicommissaria seu obliqua substitutio.

Secundo, vnde dicatur.

Tertio, quo iure fuerit adinuenta.

Quarto, quare fuerit introducta.

Quinto, an superuacua sit, an verò vtilis.

Sexto, quotuplex sit.

Septimo, per quę verba fiat, et in esse deducatur.

Octauo, qui sint illius effectus.

Nono, an contineatur sub vulgari, pupillari, breuiloqua, aut compendiosa.

Decimo, an ad directã substitutionẽ trahi possit.

Vndecimo, in quibus casibus hæc substitutio, directæ præferatur.

Duodecimo, in quibus casibus differat à directa substitutione.

Decimotertio, quæ actio competat per hanc substitutionem fideicommissariam.

Decimoquarto & vltimo, quando spiret.

172 Quantũ attinet ad primũ, dicendum est, ꝙ obliqua, seu precaria, seu fideicõmissaria substitutio, est per quam hæredes fieri, nisi media alterius restitutione, non possumus, à quo bona accipimus, cũ detractione quartę partis; ita definiuit, seu potius descripsit Corras. in Rubr. C. de impub. & alijs subst. nu. 18. quę vr̃ deprompta ex l. cohæredi, §. cũ filiæ, ff. de vulg. & pup. Zas. in tract. subst. in prȩludijs, ita dicebat; Obliqua substitutio est, per quam substi-

tutus hereditatem ex manu alterius, & sic via obliqua capit. Alio verò modo illam descripsit Petrus de Bellapert in d.l.precibus,nu.2.dicens;Fideicõmissaria substitutio est, quę in defectum eum facit h credem. Bartholom.de Nuccio in d.tract.de Substit.ita illam definiebat. Substitutio fideicommissaria, est quædam substitutio obliqua, per quam sit hæreditaris, vel quarię restitutio, & per quam quis non efficitur tanquam hæres.

Ego autem sic definiri posse existimo; Substitutio fideicommissaria, seu precaria, seu obliqua, est institutio, qua quis ab alio quàm testatore hæreditatem, vel quotam illius de eius præcepto cum diminutione quartæ partis consequitur.

173 Secundo dicitur fideicõmissaria à fide q̃ habēt testatores in ipsum heredē, cx quo illius fidei suam hęreditatē cõmittebant, dicebaturq; precaria, quia rogabant testatores hæredem institutum, de restituenda hæreditate alteri, vt inquit text. in §.in primis, de fideicom.hęred.& ideo dicebat Connan.10 lib.10. Declarat.iuris ciuil. q̃ in hac fideicõmissaria, magis attēditur mēs testatoris, & magis preces illorū q̃ legū pręcepta, & formulę; vel appellatur fideicommissaria, quia fit per fideicommissum.

174 Tertio quæro, quo iure fuerit introducta? & respondendum existimo, illam esse introductam ex iure scripto, vt per tot.tit.de fideicom.libertat.et de singul.rebus per fideicom.relict.

Quarto quare fuerit introducta videndū; & respond. quia cū essent quædā personæ, quæ directò hęredes institui nō poterant, nec eis aliquid legari, quales sunt spurij, dispositū est à lege, vt alij obliquè instituantur, & sic per fideicõmissum, quibus hæreditas inde restituebatur, quemadmodum inquit Imperator in princ.tit.de fideicom.hæreditat.

175 Quinto videndū est, an hæc substitutio superuacua sit, an verò vtilis; & dicendum est, illā esse inanem, & superuacuam, quia circuitus sunt euitandi, l.dominus testamento, ff.de cond. & demonstr. l. 1.in princ. C.comm.de legat.at per hanc inducitur, ergo. Patet primo, quia via ordinaria impedit extraordinariā, l.quædā, in princ.ff.de edendo, sed fideicõmissaria substitutio est extraordinaria, quia producit officiū iudicis, l.quia poterat, ff.ad Treb. ergo est extraordinaria, l. 1. ff. de var. & extraord. cognit. ergo sequitur quidā circuitus, cū habeamus directā ordinariā. Confirmatur secūdo, quia fidei-

176 commissaria est minus plena, quàm directa, vt in l.precibus, C.de impub.& alijs subst. l.Cēturio, ff.eod. ergo per directam debet tolli, l.si id quod, in princ.ff.de rescind.vendit.l.scire, ff.de hæred.instit. Augetur & tertio, Directa substitutio sufficit, l.2. C.com.de legat. ergo fideicommissaria tanquam superflua est rescindēda, l.hęc stipulatio, de lrg. 2. Vltimo probat: quia quis non pōt instituere duos hęredes in solidū, ne duo darentur domini eodem tpe, l.sicut certo, §.si duob.vehiculū, ff.commod. at per inductionē fideicõmissariæ, duo sunt heredes, scilicèt directus, et fideicõmissarius, ergo reijciēda.

Sed his minimè obstātibus, q̃ sit admodum vtilis, fructuosa, & necessaria, propter illas personas quę non poterant directò hęredes institui, est respondendum, & illius vtilitatē refert text. in princ. de fideicom.hęred.ibi, tantusq; fauor factus est; & ad primum respōd. quod duplex est auxilium extraordinarium, voluntarium, vel necessarium, argumentum autem sibi locum vendicat in voluntario, substitutio verò fideicommissaria est remedium necessarium, & hoc non tollitur per remedium ordinarium, & sic per directam.

Ad secundū respond. quod ll. contrarię loquuntur de substitutionibus directis, quarum vna impedit aliam, nempè, plena, semiplenam; nos aūt loquimur de substitutione obliqua, producta in esse, vel producēda, ideò non impeditur per directam.

Ad tertium respond. quod esset verum, si hęc nihil posset operari, & tunc reprobaretur, at hic plurimum operatur, vt dicemus in octauo quęsito, ergo non superuacua.

Ad vltimum respondetur, quod contrarium sibi locum vendicat in duobus directè institutis, & tunc stare non possunt simul, hic verò sunt duo heredes diuersi generis, diuersoque tempore, vnus directè, alter obliquè.

179 Sexto loco videndum est, quotuplex sit hęc fideicommissaria, seu precaria, seu obliqua substitutio; quam in regl.in Rubr.ff.eod.dixit, q̃ est duplex, quam diuisionem sequūtur DD.communiter, sed difficultas est in explicādo istas duas species, quem admodum animaduertit Ozerius hic, nu.20.& varij varia dixere. Ideo dicatis vos, quod omnis substitutio, aut est vniuersalis, aut particularis.

180 Vniuersalis fideicommissaria dicitur, quando fit de hęreditate, & de hereditate restituenda quis rogatur, vt per tot.tit.infra, de fideicom.hęred.nec refert vtrum de tota hęreditate, vel de parte, quis rogetur, quia semper erit vniuersalis, l.cogi, §.si quis heres, ff.ad Trebellian.

Particularis, seu singularis dicitur, quando de re particulari restituenda quis rogatur, de qua per tot.tit.de singul. rebus per fideic.relict.l.cogi, §.& generaliter, ff.ad Trebell. & hanc opinionem sequuti sunt Imola & Alex. in l.Cēturio, ff.eod. Cor raf. in d.Rubr. C.de impub.num.20.& Ozer.hic, num.21.& ante omnes Bald. Aret. Socin.& Ias.in

181 d.Rub.ff.eod. hinc fit, quod q̃ maximè hallucinati sint illi, qui dicebant, quod fideicommissaria, seu obliqua, erat in duplici differentia, non quia vna esset vniuersalis, et altera particularis, sed quia altera est, quę semper fuit, & est fideicommissaria, alia, quę ab initio fuit directa, sed ex cursu temporis obliquatur, & fit fideicommissaria.

Fideicommissaria, quę semper fuit obliqua, dicitur, quando instituo hæredem Titium, & rogo vt hæreditatem Mæuio restituat.

Exemplū alterius, quæ ab initio est directa, sed obliquatur ex cursu temporis, est in substitutione compendiosa, vt qñ testator dicit: quandocumque hæres meus morietur, substituo Caium: nam si hæres sit pupillus, & in pupillari ætate moriatur, illa est substitutio pupillaris directa; si verò moriatur post pubertatem, tunc trahitur ad fideicommissum, & sic obliquatur, vt inquit tex. in l.Centurio, ff. eod. & gl. in §.qua ratione, Inst. de pup.subst. Nam hæc istorum diuisio non procedit, cum illa, quę ab initio fuit directa, & demum ex post facto efficitur fideicom-

fideicommissaria, diuersa non sit ab ea, quæ ab initio fuit fideicommissaria, quemadmodum comprobat Ozer, exemplo obligationis natæ ex contractu emptionis, quæ quidem obligatio non potest tolli per acceptilationem, cum per eam tollatur tantum obligatio ex verbis seu stipulatione, vt infra quib. mod. tol. oblig. Sed si talis obligatio emptionis deducatur in stipulationem, tunc tolletur per acceptilationem, d. tit. quib. mod. toll. oblig. & tamen illa obligatio, quæ ab initio non est nata, ex verbis, sed ex postfacto, non differt ab illa quæ ab initio semper fuit ex stipulatione, & verbis; ita in casu nostro, fideicommissaria ex post facto, non differt ab ea, quæ ab initio fuit fideicommissaria: si non differt, ergo corruit diuisio Portij, Bauerij, & aliorum, & Bart. in Rubr. ff. eod. bene locutus est, sub num. 2. dum inquit, quod alia est quę fit de tota, vel quota hæreditatis, alia verò quę fit de re particulari: ex quibus verbis voluit designare, nostram diuisionem, non autem illam Portij, & alio

182 rum, qui mentem Bart. eo in loco non perceperunt. Vnum tamen non omitto, quod alij aliter dicebant, videlicet, quod fideicommissaria substitutio sit duplex, quædam de vniuersa hæreditate, & quædam de parte seu quota, quam ponit Bart. in d. Rubr. ff. eod. & sequuntur Imola & Alex. Sed improbatur hæc declaratio per Aretin. ibi, quem sequuntur Socin. & Ias. quia substitutio facta de tota hæreditate, non differt ab ea, quæ fit de parte, quo ad hoc, vt duæ diuersæ species resultent, cum vtroque casu dicatur vniuersalis, & non differunt, nisi per plus & minus, quæ differentia non facit diuersam speciem, l. fin. ff. de fund. instruc. Melius

183 est ergo vt dicamus, quod quædam fit vniuersalis, quædam particularis, vt supra, quam diuisionem intelligo ego procedere, accipiendo verbum (substituere) largo modo, ita, vt etiam ad legata particularia trahatur, vt in l. vt hæredibus, ff. de leg. 2. l. 4. §. sin autem, C. de cad. tollend. Si verò accipiamus verbum (substituere) strictè, prout in hæreditate fit, & sic de vniuersali, tunc dico, quod sem per substitutionis fideicommissariæ vnica est species, cũ semper sit eiusdẽ naturæ, & semper sit vniformis, cum semper agatur de restituenda tota vel quota hæreditate, & hęc fuit intentio fortasse illius glos. Si ergò in genere capiamus verbum (substituo) tunc erit duplex, vniuersalis, & particularis, vt supra diximus; si verò in specie, erit vnica tantum species; quã opin. inueni Leonium etiam in terminis tenentem, in tract. Substit. in prælud. num. 84.

184 Septimo quæro, per quæ verba fiat? & dicendum est, quod hęc substitutio fit per verba, quæ ad substitutum ab instituto diriguntur, quemadmodum sunt verba obliqua, qualia sunt ista, rogo, volo, mando, fideicommitto, & similia, vt infra, de sing. reb. per fideic. relict. vndè, si dixerit testator, grauo hæredem quod restituat Titio, dicitur fideicommissaria, vt tradit Bald. in l. eam quam, col. pen. C. de fideicom. & in l. fin. nu. 16. C. de sacrosanct. eccles. Vndè, omnia verba importãtia, quod substitutus capiet bona testatoris de manu alterius, dicuntur obliqua, vt est verbum (restituat) glos. in cap. Raynutius, in vers. fideicommissaria,

de testam. dixit Galliaula in d. l. Centurio, num. 4. ff. eod. de vulg. & pupill. quemadmodum est verbum (venite) vt ff. ad Trebell. l. vt hæredibus, §. fin. l. emptã, §. fi. Item, fit per uerbũ (peruenire) vt ff. de leg. 2. l. Lucius, §. filiam, & l. pater filium, §. filiam, de leg. 3. Quarto, fit per verbum (reuertatur) vt in l. planè, ff. ad l. Falcid. l. si ubi seruus, ff. de adiméd. legat. Quinto, fit etiam per verbum (retinere) l. post emancipationem, §. 1. ff. de leg. 3. Sexto, per verbum (restituere) vt l. cohæredi, §. cũ filiæ, ff. de vulg. & pup. Septimo, inducitur per verbũ (substituo) ꝙ quandoq; est directum, quandoq; obliquũ, l. generaliter, C. de instit. & substit. l. illud, ff. de iu. codic.

185 Hæc autem substitutio potest fieri, & per verba affirmatiua, & per verba negatiua, vt dixit Bald. in l. fin. nu. 13. C. de hære. instit. Per verba affirmatiua fit, qñ testator inquit; grauo hæredem, vt restituat, & similia. Per uerba negatiua fit, si dixerit: mãdo tibi nõ testari donec liberi tibi nõ sint, tex. est de hac re in l. qui filiũ, & filiã, in princ. ff. ad Treb. & hæc substitutio põt fieri à quocũq; habente potestatẽ de bonis suis disponendi, & cuicũq; etiam.

186 Octauo quæro, qui sint effectus huius fideicommissariæ substitutionis? & dic, ꝙ primus est effectus, quod substitutus capiat bona de manu hæredis aliter perdit ius suum, l. Paulus, vbi Ang. & Alex. ff. ad Trebell. l. non dubium, vbi glos. C. de legat. dixit Socin. conf. 33. col. fin. vol. 1.

187 Secundus est effectus, quod habeat fideicommissarius bona, cum detractione Trebellianicæ, & aliquando legitimę, si fuerit granatus descẽdens non purè, vt notat glos. & Bart. in l. Papinianus, §. meminisse, ff. de inoffic. test. & gl. in l. quamquam, C. de fideicom. per text. in cap. Raynutius, de testam. quam opinionem tenent Dyn. Bart. Paul. & Castren. cons. in d. §. meminisse, num. 6. idem Bart. & Alex. in l. quamquam, C. de fideicom. idem Alex. in l. in ratione, §. quod volgo, num. 10. ff. ad legem Falcid. Ias. in l. filium quem habentem, nu. 7. C. famil. ercisc und. qui testatur de communi; de communi etiam testatur Castr. in d. §. meminisse, nu. 6. & est opin. com. Canonistarum, qui omnes volũt, quod quando qui ex descendentibus est grauatus sub conditione, possit sibi retinere duas quartas, Trebellianicam, & Legitimã simul concurrentes, secus, quando esset granatus purè, vt per DD. in locis præmonitis dixit Galliau. in d. l. Centurio, nu. 3. ff. eod. sunt & quamplures effectus, quos varijs in locis recẽsent DD. ad quorum tradita uos reijcio.

188 Nono sequitur vt videamus, an hæc substitutio contineatur sub vulgari, an sub pupillari, an sub exemplari, an sub reciproca, an verò sub compendiosa; qua in re dico, quod nulla substitutio ex supradictis, continet sub se fideicommissariam, prę ter quàm compendiosa substitutio: ita firmat Bart. l. Lucius, & in l. Centurio, ff. eod. ratio est: quia nec in vulgari, nec in pupillari, nec in exemplari, nec etiam in reciproca, ponũtur aliqua verba denotantia tractum tpis, post aditam, etiam hæreditatem, uel post pubertatem, vel post furorem, quod secùs est in cõpendiosa, vndè merito illa continet sub se hanc fideicõmissariã: & si talia verba pnerentur in vulgari, & in alijs substitutionibus, tunc tran-

sitent in compendiosam, & contineretur fideicommissaria substitutio. Quod nec etiam in reciproca, seu breuiloqua, contineatur hæc precaria, seu fideicommissaria, tenent DD. in d. l. Lucius, & in l. in testamento, C. de milit. test. & est com. opin. de qua testatur est Rubeus, in l. Gallus, §. quidam recte; nu. 16. ff. de lib. & posth. & ratio est secundum Aret. in l. qui plures, col. 2. ff. de vulg. & pup. quia talis fideicommissaria esset inutilis; nam si essent æqualiter instituti, & substituti, vnus tantum daret, quantum acciperet, & hoc esset sine vtilitate, vt per Bart. in l. ab omnibus, §. si Titio, ff. de leg. 1. Si verò essent inæqualiter instituti, tunc fideicom-
189 missaria non contineretur; quia non est verisimile, quod testator plus vnum dilexerit substituendo quàm instituendo, contra dispositionem l. Publius, & ibi not. Bart. ff. de cond. & demonstrat.

190 Decimò quæro principaliter, an hæc substitutio fideicommissaria trahi possit ad directam, & econtra, & non insistendo, statuo, quod non: nam ad vulgarem trahi non potest, nisi in casu speciali, de quo in l. neque, ff. de test. milit. ratio est quare non trahatur: quia substitutio fideicommissaria non valet nisi sit adita hæreditas, vt ff. ad Trebell. l. ille à quo, §. & in princ. infra de fideicomm. hæred. sic nec vulgaris directa valet, vbi est adita hæreditas, l. post aditam, C. de impub. & sic ratione contrarietatis non potest trahi hæc ad vulgarem; Item, nec etiam fideicommissaria trahitur ad directam pupillarem, l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulg. & pup. Idem est in exemplari, quæ inducta est ad exemplum pupillaris, l. humanitatis, C. de impub.

191 Sed quid iuris est econtrà, nunquid directa trahatur ad fideicommissariam? & dicatis, quod vulgaris non trahitur, cum sint inter se contrariæ, vt supra, nisi in casu speciali, de quo in l. Scæuola, in princ. ff. ad Trebellian. vbi tacita vulgaris trahitur ad obliquam; Item, nec etiam directa pupillaris trahitur ad obliquam, quoties ipsa pupillaris deficit ex defectu materiæ, vt quia sit facta adulto, vt in l. Seiæ Caiæ, ff. de cur. dat. ab his, l. si fundus sub conditione, §. fin. cum l. sequent. ff. de lega. 1. nec etiam trahitur quando deficeret propter impedimentum accidentale, prout, quando ante mortem est emancipatus, vel factus sui iuris, & tunc nō trahitur ad obliquam, argum. l. Lucius, §. item quæro, ff. de hæred. instit. d. l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. eod. trahitur tamen in vnum casum tantum, s. quando ab initio fuit facta substitutio pupillaris, filius erat emancipatus, & quoniam non potest valere iure directo, tunc trahitur ad obliquam l. ex facto, §. fin. ff. eod. de hac re plura vtilia congerit Zas. in tract. substit. in cap. 6. & fin. sui tract. Substitut.

192 Vndecimo ex me quæratis, an dentur aliqui casus in quib. hæc substitutio obliqua, seu fideicommissaria præferatur directæ? dico, quod quatuor dantur casus, quos refert Zas. in d. cap. fin. num. 5. in quibus directæ substitutioni hæc præfertur. Primus est casus, si testator Titium instituat hæredem, & si hæres non sit, instituat Caium, & nihilominus grauat hæredem, vt bona Valerio restituat, si eueniat quod Titius non velit esse hæres, iam cogi potest vt adeat, & restituat Valerio fideicommissum, & non erit locus substitutioni vulgari, & sic fideicommissaria præfertur directæ, arg. l. non iustum, C. ad Trebell. l. quia poterat, ff. eod. sed si hæres postquam coactus est adire, decederet antequam adiret, & restitueret, tunc substituto vulgari Caio locus erit: sed si adit, restituet bona Valerio fideicommissario, à quo cogi posset, si nollet adire; istud enim grauamen fideicommissi ab substituto repetitur, per regulam antiquorum, qua dicitur, fideicommissum relictum ab instituto, censetur in dubio repetitum à substituto vulgari, l. licet, de leg. 1. d. l. non iustam, in fine, & ibi glos.

193 Secundus est casus, si testator Titium, & Flaccum instituat, eosque inuicem vulgariter substituat, Flaccum autem vnum ex hæredibus grauet, vt portionem suam hæreditariam Seio restituat, is Flaccus non vult hæres esse, cupiens fortasse gratificari suo cohæredi, sed hoc non obstante cogetur portionem sibi delatam adire, & restituere Seio fideicommissario, videtis ergo quod fideicommissum præfertur, & quo modo substitutioni vulgari, quæ inter cohæredes fuit facta, d. l. non iustam, & ibi glos.

194 Tertius est casus, si testator instituat Titium, & grauet, vt hæreditatem Mæuio restituat, deinde substituat Titio vulgariter Lucium, grauando eum vt hæreditatem restituat Sempronio, & sic institutus hæres fideicommisso proprio est grauatus: hoc casu, si institutus hæres recuset adire, cogi per Mæuium fideicommissarium poterit, vt adeat, & restituat ex fideicommisso, qua restitutione facta, concidet substitutio vulgaris cum suo fideicommisso in Sempronium facto, & sic habetis casum tertium, vbi fideicommissaria præfertur substitutioni vulgari; & hic est verus intellectus ad l. facta, §. Julianus, ff. ad Trebellian.

Quartus & vltimus est casus, si testator Titium instituat, & si hæres non sit, substituat Mæuium: si verò hæres sit, grauet eum, vt bona eidem Mæuio restituat, vt sic is Mæuius hæredi directo, & per fideicommissum, sit substitutus, hærede nolente adire, Mæuio ex duplici capite subuentum est, potest enim cogere hæredem, vt adeat, & restituat, & obliqua præfertur directæ.

195 Duodecimo reliquum est, vt tractemus, in quo precaria seu obliqua, seu fideicommissaria, à directa differat: id quod iam ex traditis à nobis colligere licet, & multæ referuntur per Scribentes, quarum

Prima est, cum ex fideicommisso substitutus succedit, prior hæres Quartam detrahit, cæterum, si iure directo, integram hæreditatem substitutus consequetur.

196 Secunda est, quia restituta hæreditate, iura defunctorum apud hæredes remanent, l. quia perinde, ff. ad Trebel. cum tamen ad substitutum directò transeant.

Tertia est differentia, quia directò substitutus, bona sua authoritate capit, glos. in l. inter omnes, ff. qui satisd. cog. Precarius verò hæres, per manum hæredis instituti, qui sibi restituet, d. l. facta, in prin. & hæreditate, ff. ad Trebell. alioquin si post apprehensam

henſam poſſeſſionem per grauatum, aut eius hæredem, ſuo ſenſu fideicommiſſarius caperet, debitas pœnas luens, ius amitteret fideicommiſſi, l. non eſt dubium, C. de legat.

197 Quarta eſt differentia in eo, quod implendę conditionis relictum eſt: nam id hæredi non fideicommiſſario eſt præſtandum, nec hoc reſtituendum eſt ex cauſa fideicommiſſi, l. qui hæredi, §. cum hæreditas, ff. de cond. & demonſtrat. ratio eſt: quia qui hæreditatem reſtituere rogatus eſt, id videtur rogatus reddere, quod fuit hæreditatis, l. in fideicommiſſariam, ff. ad Trebell. quæ autem hæres implendæ conditionis cauſa accepit, iure hæreditario non habet, l. in quartam, ff. ad legem Falcid.

198 Quinta eſt differentia in beneficio l. fin. C. de edicto Diui Adr. toll. quod ſubſtitutus per fideicommiſſum nō habet, ſubſtituto tamen ex directa ſubſtitutione venienti datur, l. fin. C. de codicil. ſiue ſit tacita, ſiue expreſſa, vt per Bald. in l. 1. ff. de his quæ ex teſt. delent.

Sexta conſiſtit differentia in fructibus, nam hi in hæreditatę inuenti ſubſtituto directò debentur, l. Centurio, vbi Bar. col. 2. ff. eo. cum tamen in precaria ſubſtitutione fructus non veniant in reſtitutione fideicommiſſi, ſed lucro hæredis cedant, l. in fideicommiſſariam, ff. ad Trebell. l. ſi quis bonorum, ff. de leg. 1. l. iubemus, C. ad Trebell. nec enim fructus fideicommiſſum ſequuntur, ſi mora non interceſſit, l. poſtulante, §. ſanè, ff. ad Trebell.

199 Decimum tertiū ſequitur caput, quæ ſcilicèt actio competat fideicommiſſario per hanc precariam ſubſtitutionem; & dico tria eſſe conſiderandatempora, Primum eſt, quando hæres non adiuit, & tunc habet locum iudicis officium; ita notatur in l. non cogendum, ff. ad Trebell. Secundum eſt tempus, quando adiuit, & non reſtituit, & tunc competit actio ex teſtamento, C. de fideicom. l. in perſonam. Tertium eſt tempus, quando adiuit, & reſtituit, & tunc actiones quæ defuncto competebant, dantur ei contra debitores hæreditarios, l. ita tamen, §. qui ex Trebelliano, ff. ad Trebell. ſed pro rebus alijs poſſidendis quas non poſſidet, non datur hæreditatis petitio, ſed actio quæ competebat defuncto, ſed pro alijs rebus datur fideicommiſſaria hæreditatis petitio; dixit gloſ. in l. 3. in princip. ff. de fideicommiſ. hæred. pet. gloſ. in §. ſed etiam, infra, de fideic. hæred.

200 Decimūquartum & vltimum reſtat caput, vt videamus, quomodo hæc ſubſtitutio fideicommiſſaria ſpiret; quà in re dicatis, quòd primo loco ſpirat, ſi hæres grauatus de reſtituēdo ſi ſine liberis decedat, ingrediatur monaſteriū; tunc enim excluſo ſubſtituto, monaſterium hæreditatem obtinebit, Authent. Niſi rogati, C. ad Trebell. & ibi DD. notant; voluit Bart. in conſ. 1. Calder. in conſ. 43. Bald. conſ. 286. lib. 4. & eſt communis opinio, de qua teſtatus eſt Barbat. conſ. 20. col. 1. lib. 1.

Vndè, quando teſtator ſubſtitutum monaſterio pręferri voluerit, remedium eſt, quod ita verbis conditionalibus concipiat, ſi hæres deceſſerit ſine filijs maſculis, hæc enim qualitas, maſculi, monaſterio non conuenit, ſed tantum veris filijs, vt per Barba. conſ. 13. lib. 1. Vel dicatur, ſine filijs deſcendentibus, legitimis, & naturalibus, vt per Corneū conſ. 18. & conſ. 253. vol. 4. quia verbum illud (naturalibus) debet aliquid operari, l. ſi quando, ff. de leg. 1. ſed hoc remedium non eſt ſatis tutum, vt per DD. in d. Auth. Niſi rogati, Bart. in l. ſi ita quis, §. 1. de leg. 2. faciūt tradita per Alex. conſ. 33. lib. 3. Tutius ergo remedium eſt, vt teſtator expreſsè prouideat ſubſtitutum debere admitti, ſi ſcriptus hæres deceſſerit ſine liberis legitimis, & naturalibus, ex ſuo corpore, & ex vero matrimonio natis, etiam, ſi hæres eius monaſterium ingreſſus fuerit; ratio eſt, quia prouiſio expreſſa teſtatoris, tacitam legis prouiſionem tollit, l. cum filio, §. 1. ff. de vulg. & pupill.

201 Secundo ſpirat ſubſtitutio fideicommiſſaria, quotieſcunque hæres fiat clericus: nam ſicuti non eſt locus ſubſtitutioni ſi hæres fiat monachus, ita etiam ſubſtitutio vires amittit, ſi hæres ſuſcipiat eccleſiaſticum ordinem, per text. in Auth. de ſanctiſſ. epiſc. §. ſed & hæc præſenti, qui alternatiuè loquitur, ſi monaſterium ingrediantur, aut clerici fiant, & hæc opinio verior videtur, vt per Decium in caſu præſentia, col. 29. & ibi gloſ. extrà de probat.

Tertio ſpirat ſubſtitutio prędicta, quoties non fuerit purificata conditio; quod multis modis poteſt euenire, ſicuti diuerſæ ſunt conditiones appoſitæ, vel apponendæ, modi, & formæ; & per hæc ſit explicata hæc ſpecies ſubſtitutionis, quæ à I. C. appellatur precaria, à Doctor. verò fideicommiſſaria, vel obliqua dicta eſt.

202 Offert ſeſe nobis modo decimum explicandum caput principale, cuius mentionem fecimus ſupra, quod & hoc in loco in ordine diſcutiendum nobis eſt, vt polliciti fuimus, videlicèt, an ſubſtitutio fideicommiſſaria, ſeu precaria, ſeu obliqua, de qua ſtatim verba fecimus, ſit verè, & propriè ſubſtitutio? quæ quidem quæſtio altiſſima eſt, & à noſtris valdè exagitata, ita, vt quænam ſit veritas, vix nobis colligere liceat, vndè, ad partes hanc quæſtionem diſputabo.

Partem itaque negatiuam tenuerunt Bald. Salicet. & Caſtrenſ. in Rubr. C. de impub. vbi etiam Decius. eandem tenuit Iaſ. in Rubr. C. de inſtit. & ſubſtit. eam ſequitur Vigl. in §. qua ratione, infra, de pupill. ſubſtit. & tandem eſt communis opinio, de communi teſtatur Sapia, in Rubr. C. de impub. num. 13. teſtantur Leon. in tract. ſubſtit. in prælud. num. 85. & Socin. iun. in l. Centurio, num. 30. ff. de vulg. & pup. pro qua deducitur

Primo loco authoritas gloſſarum, videlicèt, in Rubr. de vulg. & pup. & gloſ. in §. qua ratione, in verſ. ad exemplum, infra, de pup. ſubſtit. quæ non ènumerant hanc ſubſtitutionem fideicommiſſariam cum alijs ſubſtitutionibus, ſed ponunt eam ab illis ſeparatam, ergo ſentiunt, quod non ſit propriè ſubſtitutio.

Ego verò qui ſequor opin. contrariam, reſpondeo ex alijs, quòd illæ gloſ. ſeparatim, & diſtinctè loquuntur de ſubſtitutionibus directis, & de obliquis, quia ſunt ſpecies ſubſtitutionum inter ſe diuerſæ, & ſeparatæ, quod fatendum eſt, cum fideicommiſſaria non ſit directa ſubſtitutio, ſed non per hoc ſequitur, quod illa non ſit in genere propriè, ſicuti loquimur nos.

203 Se-

203 Secundo tamen pro communi adducitur Rubr. C.de instit.& substit. vbi substitutiones ponuntur separatim à restitutionibus, per dictionem (&,) quæ ponitur inter diuersa, ergo fideicommissaria substitutio non est propriè substitutio; quod ponatur dictio (&) inter diuersa est text. in l. hæc verba, ff. de verb. sign. tradunt DD. in Rubr. ff. de iur. & facti ign. per illam Rubr. est glos. in c. querelam, extra de simoni.

Respondeo, quod imò dictio (&) seu disiunctiua, copula, non ponitur inter diuersa, sed inter genus & speciem, sicuti tenent Socin. & Alex. vndè, cum hæc copula ponitur inter genus & speciem, tunc denotat identitatem, non diuersitatē, ita dixit Bart. nu. 6. l. vbi, C. de transac. probaturque per id quod habetur in sacra pagina, dicite discipulis, & Petro, probatur etiā ex Rubr. C. de seruitut. & aqua, nam aqua est species seruitutis, & est in Rubr. de testam. & vltim. volunt. Sed hæc solutio licèt ab omnibus approbetur, mihi tamen non satisfacit: quia si illa copula (&) deberet resolui in idest, sequeretur, quod ille titulus non tractaret nisi de fideicommissaria substitutione, consequens autem est falsum, ergo & antecedens; consequentia probatur: quia sensus tunc erit de institutionibus & substitutionibus, idest restitutionibus, & sic illud verbum (substitutionibus) solum importaret fideicommissariam, quod est falsum, cum in illo titulo pro maiori parte tractetur de directa, vt patet inspicienti, ergo.

Sed respōdetur per Socin. iun. quod posito, quod ponatur inter diuersa, tamen ibi diuersitas est in specie, nam substitutio in materia nostra dicitur verbum generale, comprehendens sub se tanquam genus, directam, & obliquam, & quælibet ratione speciali, directa in suo speciali vocabulo appellatur substitutio, obliqua verò dicitur restitutio, sicuti in simili videmus de adoptione, & arrogatione, de agnatione, & cognatione, erit ergo restitutio propriè substitutio respectu sui generis, quemadmodum est directa. Quam responsionem sequuntur Mod. Bonon. et hæc est melior responsio, quam pluribus verbis confirmat Ozer. hic, num. 12.

Sed cōtra hanc responsionē ego insurgo, dicens illam esse diuinatiuam, quis enim reuelauit quod Imperat. ibi intellexerit de substitutionibus directis in specie, & non in genere, cum vtroque modo possit intelligi illud verbum? Sed Domini animaduertatis, quod hæc responsio verissima est, & non sapit diuinationem, imò necesse est vt intelligatur in specie, aliàs Imperat. esset superfluus, quia cum sub substitutione in genere contineatur directa & obliqua, si ibi Imperat. intellexisset de instit. & subst. in genere, non dixisset postea de restitutionibus, quia illa continebatur sub substitutione; vnde secundum argumentum non viget.

Tertio tamen pro communi deducitur text. in l. tutores, §. hæres, ff. de administr. tutorum. vbi hæres est grauatus restituere hæreditatem, & tamen text. dicit, quod non habet substitutum, ergo fideicommissarius non est substitutus.

Respondeo, quod quando text. dicit, non fuisse datum substitutum, intelligitur scilicèt directò, vnde non valet consequentia, non habet substitutum vulgarem, & directum, ergo non habet substitutum obliquum.

Quarto loco ponderantur verba Rubr. C. de impub. & alijs subst. iuncto toto illo tit. in illa enim Rubr. pollicetur rubricans tractare de omnib. substitutionibus, & tamen de fideicommissaria non tractat, nisi incidenter, in l. precibus. Sed de ea tractatur in titulo ad Trebellianum, ergo datur intelligi, quod hæc fideicommissaria substitutio non sit verè substitutio.

Respondeo primo, quod quādo fuit rubricatum de impub. & alijs subst. illud verbum (alijs) intelligitur de directis, & sic accipiuntur illa verba in speciali significatione, & tunc fateor quod fideicommissaria non sit substitutio directa, sed respectu sui generis est verè substitutio, fuit ergo factus specialis tractatus illius, quia in specie diuersa est à directa.

Respondeo secundò, quod imò etiam in illo titulo tractatur de fideicommissarijs, vt in d. l. precibus, nec minus principaliter, quàm de alijs.

Quinto deducitur text. l. Scæuola, ff. ad Trebell. vbi substitutio est inutilis, & tamē ibi est fideicommissum, ergo fideicommissum non est substitutio. ad idem text. §. fin. infra de codicillis.

Respondeo, prout suprà, quod est inutilis substitutio directa, quæ erat pupillaris, sed non est inutilis substitutio fideicommissaria.

Sexto pro eadem opin. deducitur; illa quæ sunt diuersa, non dicuntur esse vnum, sed restitutio, & substitutio sunt diuersa, ergo non sunt vnum; & sic restitutio non est substitutio.

204 Maior probatur ex se. Minor probatur: illa dicuntur vnum, quorum est vna substantia, illa dicuntur similia, quorum est vna qualitas, illa dicuntur diuersa & dissimilia, quorum nec est vna substantia, nec vna qualitas, ita Bald. in l. si vnus, §. pactus, ne peteret, ff. de pactis: sed sic est, quod substitutionis, et restitutionis nō est vna qualitas, nec vna substātia, ergo sunt diuersa; minor probatur, in l. recusare, §. Titius, ff. ad Trebell. vbi hæres institutus, rogatus erat per fideicommissum restituere illi, qui iā fuerat substitutus, ergo colligitur, hæc duo inter se diuersa esse, aliàs frustra fuissent repetitę illæ duę dispositiones in eiusdem persona.

Respondeo, quod ille text. nil aliud probat, nisi quod substitutio fideicommissaria, est diuersa à directa, quod fateor, cum & vna directa diuersa sit ab alia, puta, vulgaris, à pupillari, non tamen per hoc dicendum est, quod non sit substitutio simpliciter, & absoluiè illam considerando non magis in ista, quàm in illa specie.

Septimo deducitur tex. l. qui hæredi, §. cum hæreditas, ff. de cond. & demonst. vbi iussus dare hæredi, non potest dare fideicommissario, ergo hæres non est.

Respondeo, quod non est hæres directus, sed bene est vtilis hęres.

Octauo deducitur plura iura directa fideicommisarium non esse hæredem, sed loco hæredis, vt per totum titulum de fideicommiss. hæredit. & ad Trebellian.

Respon-

Respondeo quod illa iura non per hoc tollunt quod non sit obliquus hæres & vt vtiliter institutus, negant tantum illum esse hæredem directum, quod fateor.

Nono deducitur definitio substitutionis, quæ est secunda institutio, sed ista non contenit fideicommissario, quia ille non est institutus: quod patet, cum non capiat propria authoritate, sed manu alterius, l.cato quam, C.de fideicom. vbi glos. in verbo directis, l.facta, l.restituta, ff. ad Trebell. ergo fideicommissaria non est substitutio.

Respondeo primo, quod illa definitio non est vera, & illa per nos superius fuit reprobata.

Respondeo secundo, quod posito quod sit vera, ibi ponitur definitio directæ substitutionis, vnde non sequitur, quod obliqua non sit substitutio, vnde argumentum illud concludere videtur, quod nō sit directa, quod fateor, sed non concludit non esse substitutionem, de qua requirimus nos.

Respondeo tertio ex Socino iun. in d.l. Centurio, num.36. quod immo, etiam illa definitio competit fideicommissariæ, cum fideicommissaria dicatur etiam secunda institutio, capiendo institutionem non in specialiori significatione hæreditaria, sed in sui ampla significatione, quatenus dicitur qualibet ordinatio, dispositio, & compositio, vt suprà nos diximus, vndè, si in genere sumatur institutio, semper verificabitur quod in omni fideicommisso adsit prima, & secunda institutio, cum institutio in genere recōprehendat omnem dominij concessionem quę cadit in legato, in donatione, & fideicommisso.

205 Decimo arguitur pro opin. communi, quod non sit substitutio propriè, nā substitutio dicitur quædam subrogatio in locum primi hæredis: subrogatio autem sapit naturam eius cuius subrogatur, l.si tum, §.qui iniuriarum, ff. si quis caution. §.fuerat, infra, de actio. at hoc cadit in directam tātum, non autem in obliquam: nam substitutus directò efficitur hæres, sicuti & institutus, non sic in fideicommissario, quia ipse vtiliter tantum fit hæres, item, non totum capit, sed deducta Quarta, substitutus verò est heres in solidum.

Respondeo, quod imò sapit naturam illius in cuius locū subrogatur, videlicèt, in iure vtili quod erat apud hæredem, non autem sapit naturam in hoc, vt hæres fiat, & habeat iura directa, quia in hoc non substituitur, & quoad effectum sapit naturam hæredis.

Nec obstat quod detrahatur Quarta, quia illa detractio non facit vt ipsa non sapiat naturam illius, est ergo plena subrogatio, attento quod in fideicommissarium transit dominium vtile, & actiones vtiles, §. restituta, infra, de fideicommiss. hæreditatatibus.

Nec obstat, quod ille qui restituit remaneat, hæres, quia est vanum nomen, quod non habetur in consideratione, l.2.§.& si fiut, ff. ad Tertoll. & hac de causa appellatur substitutio fideicommissaria, vel obliqua, quia vilis est, & differt à directa, in qua transeunt directæ actiones.

206 Respondeo secundo, quod duplex est subrogatio, omnimoda scilicèt, & secundum quid; idest vniformis, & difformis, ita colligitur ex dictis Bart. l. 1.§.hæc actio, ff. si quis test. lib. esse iuss. fuer. dum ait, quod subrogatus non sapit naturam in illis in quibus est aliter à iure capressum, vnde, id quod dicitur, quod substitutio est subrogatio, habet locum siue sit omnimoda, siue secundum quid, ideò licèt fideicommissaria non sit subrogatio omnimoda, & vniformis, est tamen secundum quid, & difformis, & hoc sufficit ad hoc, quod proprię sit substitutio.

Vndecimo arguitur; substitutio est conditionalis institutio, sed in fideicommisso qnādo purè hæres grauatur, nulla adest conditio, ergo fideicommissaria non est propriè substitutio.

Respondeo, quod imò inest tacitè conditionalis institutio, quia hęres institutus est grauatus sub conditione, si hęres erit, aliàs non valeret, & fideicommissarius quoque est vocatus sub hac conditione, si grauatus erit hæres, ergo inest conditio, ergo potest appellari conditionalis institutio.

207 Duodecimo facit. Breuiloqua substitutio comprehendit directas substitutiones, non obliquas, vt not. in l. Lucius, ff. eod.

Respondeo, quod non adaptatur ad obliquas, quæ differunt à directis, non tamen sequitur, quod obliquæ sint impropriæ.

Decimotertio deducitur textus in l. quamdiu, de acquirenda hæreditate, vbi quamdiu habet locum institutio, cessat restitutio, & tamen non cessat fideicomm. sed concurrit, d.§. restituta.

Respondeo quod loquitur de directa substitutione, non tamen excludit quin fideicommissum non sit proprię substitutio.

208 Decimoquarto arguitur pro hac opin. communi. Testamentum non potest incipere à fideicommisso, §. inprimis, infra, de fideicommiss. hæred. & tamen potest incipere à substitutione, l.3.§.fin. ff. de lib. & posth. ergo non est substitutio.

Respondeo, quod illud sibi locum vendicat in vulgari, non autem in alijs, quod patet: quia à pupillari, et ab exemplari substitutione non potest incipere testamentum, cum rupto testamento paterno corruat & exemplaris, & pupillaris substitutio, §. liberi, infra, de pupillari, & tamen exemplaris, & pupillaris sunt proprię substitutiones, ergo & ipsa fideicommissaria erit propriè substitutio, licèt testamentum ab ipsa non incipiat.

209 Decimoquinto & vltimo moueor, appellatione substitutionis venit directa in dubio, c. si pater, extra, de testam. vbi ad uerbum, ergo ipsa tantum est propria substitutio, quia si fideicōmissaria ita propriè esset, nō assignaretur concludens ratio: quare potius directa quàm ipsa in dubio veniret appellatione substitutionis. Nec obstat si diceres, quod venit, quia est nobilior, quia etiam homo alijs animalibus est nobilior, & tamen appellatione animalia non magis venit homo, quàm aliud animal.

Respondeo nō valere consequentiam, in dubio venit directa, ergo fideicommissaria est impropię; patet: appellatione iuris ciuilis, venit in dubio ius ciuile Romanorum, non tamen sequitur, quod ius alterius loci, sit ius impropriè: ita, appellatione hæreditatis intelligitur de testamentaria, tamen ab intestato est proprię hæreditas. Nec obstat, quod appellatio-

pellatione animalis, veniat tam homo, quã aliud, nam hoc est secundum subiectam materiam, ergo hæc opin, communis sine fundamento remanet.

210 Contrariam igitur opin. quod fideicomm. seu obliqua substituuo dicatur verè & propriè substitutio, tenuerunt nonnulli, inter quos fuit Alexan. in Rubr. ff. de vulg, & pup. & in Rubr. C. eod. Socin, & Claud. Seisellius, d. Rubr. ff. eod. quam deinde sequutus est Socin. iun. d. l. Centurio, num. 34. Berous cap. Raynutius, de testamentis, tandem tenuerunt Ripa in Rubr. ff. eod. Mod. Bononiens. dicta l. Centurio, num. 53. & 54. Ozer. in Rubrica nostra num. 12. in quorum opinionem proficiscor, & pro ea plura deductũur argumenta, ego autem vrgentiora tantum referam, &

211 Primo probatur, quando fit aliqua diuisio plurium rerum, certè illæ res sub diuisione æquè omnes propriè continentur, §. 1. & fin. infrà, de oblig. text. in princ. infra, de diuisione stipulat. at secundum omnes hic, & in Rubrica, ff. eod. principalis diuisio substitutionũ est, quod alia sit directa, alia fideicomm. ergo directa substitutio æquè propriè cum fideicommissaria sub diuisione substitutionis continentur.

212 Ad hoc primum argumétum resp. quod duplex est diuisio in proposito nostro, diuisio generis vniuoci in suas species, & diuisio generis æquiuoci, in sua æquiuocata. Exemplum de prima est in d. §. 2. infra, de obligat. §. 2. infra, de action. vbi obligatio diuiditur in ciuilem, & prætoriam, actio in realem, & personalem, de secunda habetis exemplum in l. 2. ff. de off. procons. & leg. vbi manumissio diuiditur in manumissionem seruorum & filiorum, sed vna propria, altera impropria, in naturalibus est exemplum, risus alter hominũ est, alter pratorum, at hominum propriè est risus, pratorũ impropriè, modo, quod diximus quando fit diuisio plurium rerum, illæ res æqualiter sub illa continentur, & propriè intelligũtur, quando fit diuisio vniuoci in suas species, & ita procedũt iura supra deducta; at si fit diuisio generis æquiuoci in sua æquiuocata, nõ est necesse quod illa plura contineantur, ęquè propriè sub illo vno, vt patet de manumissione, & de risu, modo in proposito dico, quod hæc diuisio substitutionum, scilicèt directa, & obliqua, est diuisio æquiuoci in sua æquiuocata, substitutio enim est terminus æquiuocus, ergo.

Sed fortasse potest replicari dicendo, quod est diuisio generis vniuoci, ex quo substitutio in genere nil aliud est, quàm dispositio, & ordinatio, vt supra demonstrauimus, ideo æqualiter, & propriè continebitur sub eo vtraque species; sed hoc non videtur verum, vt infra dicemus, ideo hoc primum argumentum non videtur satis probare opinionem contra communem.

213 Secundo prob. proprietas sumitur ab authoritate I. C. l. in vsu, ff. de verb. sig. Bart. in l. omnes populi, ff. de iust. & iure, at I. C. loquentes de substitutione fideicommissaria, simpliciter appellãt substitutionem, ergo est propriè; hoc probatur in l. Publius, in § fin. ff. de cond. & demonstr. in l. cohæredi, §. cum filio, vers. nec aliud, ff. de vulg. & pup. in l. hęredes mei, §. cum ita, & §. seq. & in l. à filia, §. fi. & in l. 2. ff. ad Treb. in l. generaliter, §. cum autem, & ibi glos. C. de in stit. & substitut.

Nec obstat responsio Leonij in d. tract. substitut. in prælud. num. 106. quod non negatur hoc verbum posse ad hanc dispositionem referri, imò & ad plures alias, sed referiur impropriè, non autem ex sui propria significatione.

214 Nam replicatur, quod imò propriè, cum in dubio verba sint propriè intelligenda, l. non aliter, de leg. 3. & qui dicit I. C. impropriè loquutos fuisse, probare tenetur, cum mens colligatur ex verbis, l. Labeo, §. idem Tubero, de supell. leg. cap. intelligentia sermonum, extrà de verb. signif.

215 Tertio deducitur pro hac opinione; Verbum (substituo) ex quo prouenit à substitutione, dicitur esse verbum commune, tam ad directam quàm ad obliquam substitutionem, vt per Bart. in d. l. Centurio, in fine, ff. eod. prob. in l. generaliter. §. cum autem, C. de instit. & substit. vnde, eodem tempore vtramque speciem significabit.

Nec obstat responsio Decij in Rubr. C. eod. quod illud est ratione subiectæ materię, propter quam verba illa impropriè, & largo modo ponuntur, nec est nouum, quod vnum verbum ad plura relatum,
216 quo ad vnum stet impropriè, quo ad aliud propriè, vt not. in l. 2. ff. de off. procons. & leg. l. 1. C. quando ciu. act. præiud. tert.

Nam replicatur, quod ex quo verbum, substituo, est verbum generale, dico, quod ęque propriè continet tam directam, quàm obliquam, considerari tamen potest substitutio fideicommissaria impropriè, sumendo hoc verbum (substituo) in specie: nam tunc hęc substitutio non potest dici directa, nisi per quandam improprietatem; at hic nos quærimus an substitutio respectu sui generis dicatur propriè substitutio, ergo.

Quarto pro eadem opinione mouentur Alex. & Socin. quia in legatis & hæredibus iura simpliciter dicunt quod fit substitutio, l. 1. §. sin autem, in fine, C. de cad. toll. l. vt hæredibus, de leg. 2. l. si legata relicta, C. de legat. ergo erit propriè substitutio.

Nec obstat responsio Leonij, & cæterorum, dicentium, quod impropriè, & latè sumpto vocabulo, dicitur fieri substitutio; & hinc est quod pecora in demortuorum locum substituta dicuntur, §. sed si gregis, supra, de rer. diuis.

Nam explicatur vt supra fecimus in contraria parte, quod imò propriè in legata, & in fideicommissa, & in donationes cadat substitutio, ex quo appellatione in genere substitutionis, continetur omnis dominij successio, quæ cadit in legatum, in donationem, & in fideicommissum, & in terminis patet resolutio ex traditis ex Socino iun. nu. 35.

Quinto loco eadem opin. probatur, quia fideicommissaria substitutio, est conditionalis institutio, vt supra demonstrauimus in responsionibus ad argumenta in contrarium adducta, ergo sequitur, quod sit propriè substitutio.

217 Sexto & vltimo ego moueor; Genus prędicatur propriè de omnib. suis speciebus, l. si quid earum, §. interemptum, de leg. 3. l. 1. §. conuentionis, ff. de pact. §. scriptum autem, de iure nat. &c. at substitutio est verbum generale, vt toties probatum est, ergo se-

go sequitur, quod fideicommissaria sit verè, & propriè substitutio.

218 Et ex his infertur ad quęstionem de qua per Paulum Castr. in Rubr. C. de impub. Quod statutũ faciens mentionem de substitutione, an intelligatur de directa tantum, an verò etiam de fideicommissaria, nam si in genere accipiatur hæc substitutio, tunc continetur tam fideicommissaria, quàm directa; aut verò constat, quod statutum accipiat substitutionem in specie, & tunc non venit fideicommissaria, vt in casu l. recusate, §. Titius, ff. ad Trebell. sed quid si non appareat an statutum accipiat substitutionem in genere, an in specie, vtrum veniat fideicommissaria, & tunc dicundum est, quod non veniat secundum opinionem communem, de qua re plura cumulant DD. in dicta l. Centurio, quæ aliter non refero.

219 Restat nunc vt ad vndecimum principale caput accedamus Rubr. nostræ, videlicèt, an verbum (substituo) sit verbum cõmune, & crebrior DD. sententia est, quod sic.

Primo deducitur text. in l. iam hoc iure, §. quod ius, ff. eod. de vulg. & pupill. vbi talis erat casus quidam habens duos filios impuberes, eos hæredes instituit, & illos inuicem substituit, dicitur, quod in vtrumque casum censetur illa reciproca substitutio facta, sed si alter eorum erat pubes, & eos inuicem substituit, hoc communi verbo substituo, in vulgarem tantum videtur facta substitutio, ecce ergo habemus text. clarum, dicentem verbum (substituo) esse verbum commune.

Ad huiusmodi fundamentum conatur respondere Bald. in Rub. C. de impub. & alijs subst. quem sequitur Decius, ibi, Iason. in dicta l. iam hoc iure, quos videtur sequi Cagnolus in l. precibus, numero 47. C. eod. videlicet, quod ibi verbum (substituo) est verbum commune, non respectu obliquæ, & directæ substitutionis, sed respectu vulgaris & pupillaris, ibi, enim tractatur de pubere, & de impubere, & dictum fuit hoc communi verbo vos inuicem substituo; denotatur ergo ibi, quod est commune respectu illorum filiorum puberis & impuberis, & sic respectu vulgaris, et pupillaris; quam etiam responsionem sequutus est Viglius in dicto §. qua ratione, infra, de pupill. & in effectu hæc est communis responsio.

220 Secundo tamen fundatur hæc opinio communis; Illud dicitur esse verbum commune quod aliquando reperitur in directa, & aliquando in obliqua significatione, sed verbum (substituo) est huiusmodi, ergo.

Maior probatur per cõmunem doctrinam Doctorum, in l. Centurio, ff. de vulg. & pupill.

Minor patet ex d. l. iam hoc iure, ff. eod. iuncta l. generaliter, ff. de vulg. & pup. In prima verbum (substituo) est in directa significatione, in secunda est in obliqua, cum ille text. appellet fideicommissarium substitutum.

Respondent, nonnulli Moder. in d. l. precibus, & in Rubr. & in dicta l. Centurio, quod illud dicitur verbum commune, si in directa, & in obliqua propriè reperiatur, at si repriatur in vna stare propriè, in alia impropriè, non erit verbum communem: quia communio exigit paria iura, vt dixit Viglius loco prædicto; nunc in proposito, licèt verbum (substituo) inueniatur aliquando in directa, & aliquando in obliqua significatione, vt in dictis iuribus, tamen quando inuenitur in obliqua, non stat propriè, sed impropriè, secundum subiectam materiam; id quod nõ est nouum, l. si vno, ff. locati.

Ego tamen, qui opinor non esse recedendum à communi opinione, quam tenent Bart. in dicta l. precibus, & omnes, in d. l. Centurio, & vt admonent Cagnol. in d. l. precibus, & Curt. iun. & Ripa, in d. l. Centurio, pauci sunt qui ab hac opinione recedant.

221 Pro cuius faciliori intelligentia sciendum est, quod communio est vniuoca, propria scilicet & vniformis, & æquiuoca, impropria scilicet & disformis; Communitas vniuoca est illa, qua aliquid est commune æqualiter, & pariter omnibus contentis sub sua communitate competit, vt animal dicitur esse commune hominis, leonis, bouis, & aliorum, communitate propria; & in terminis nostris est exẽplum in adoptione, quæ est quoddam commune communitate propria adoptioni, & arrogationi, l. 2. ff. de adoptionib. Sic obligatio est communis obligationi ciuili, & prætoriæ, §. 2. infra, de obligat. communitas æquiuoca seu impropria est illa, qua aliquid est commune omnibus contentis sub ea, sed non æqualiter, sed inæquali & impari modo, vt est exemplum, risus hominis, est risus proprius, & risus pratorũ, est improprius; in terminis nostris manumissio est quoddam commune filijs, & seruis, l. 2. ff. de offic. Procons. & leg. ai seruis propriè, filijs verò impropriè conuenit.

222 Vlterius sciendum est, quod quando DD. dicunt, quod verbum (substituo) est verbum commune, intelligunt quod sit commune communitate ęquiuoca, & difformi, quod patet: quia dixerunt substitutionem obliquam esse substitutionem impropriè, quod esset impossibile, si verbum (substituo) esset commune communitate vniuoca, & propria, quia illa competeret propriè, tamen DD. fatentur illi competere impropriè, ergo de illa æquiuoca communitate intelligunt.

Et hinc patet, quod secundum argumentum pro communi opin. deductum, non bene est solidum, dum volebant DD. argum. procedere, si vtrique substitutioni propriè stare, & conuenire inueniretur; sed hoc non erat, quia vni propriè videlicet directæ, alteri impropriè, scilicet obliquæ; vnde videtis, quod hæc responsio procedit in communitate vera, non autem in æquiuoca, in qua non est necesse quod vtrique pariter conueniat, vt supra, quia licèt pariter non conueniret omnibus, tamen dicitur commune verbum, vt in verbo (manumittere) vndè, ex hoc vltimo fundamento probatur opinio communis, quod verbum (substituo) sit verbum commune.

223 Contrariam tamen opin. quod imò huiusmodi verbum (substituo) referatur solummodò ad directam, non autem ad obliquam, tenuit Salicet. Galliaula, in d. l. Cẽturio, & Viglius id tenet in d. §. qua ratione, infra, de pupill. pro qua

Primo

Primo deducitur; Illud dicitur esse commune verbum, quod æquè propriè competit directæ scilicet, & obliquę, Bartol. & alij in d. l. Centurio, at verbum (substituo) non est tale, ergo non est commune; probatur minor: quia verbum (substituo) non compręhendit obliquam propriè, sicuti directam, vt supra, ergo.

Tutando opin. communem, respondeo, quod illud procedit intelligendo de illo verbo, quod ęquè, & propriè competit, & sic de illa communitate vniuoca, & propria; si autem de impropria, non est necesse vt inueniatur æquè propriè in vtraque; & de huiusmodi cōmunitate dicunt DD. intelligi verbum (substituo) esse commune.

Secundo tamen deducitur; appellatione substitutionis in dubio venit directa, non obliqua, d. cap. si pater, extrà, de testam. lib. 6. Fulgos. in l. ex facto, per illum text. ff. eod. tradunt DD. in d. l. Centurio, ergo substitutio non est verbum commune, quia tunc non magis veniret, quàm obliqua.

Respondeo negando consequentiam, quia verbum substituo, est verbum commune, communitate æquiuoca, quæ non exigit paria iura, & non cōpetit pariter omnibus, & ideo appellatione substitutionis in dubio venit directa, quia obliqua non propriè est substitutio, secundum opinionem communem, & in dubio verba sunt propriè accipiēda,
224 l. fin. C. de his qui veni. ætat. impetr. sed non est per hoc quod verbum (substituo) non sit commune impropriè tamen, etiam obliquæ.

Tertio substitutio est institutio, sed institutio est verbum directum, ergo & substitutio. Maior probatur ex definitione substitutionis; Minor probatur per communem opin. DD. in d. l. Centurio.

Respond. quod substitutio directa est institutio, & obliqua non: quia fideicommissarius non dicitur institutus, l. postulare, §. pen. ff. ad Trebell. l. pater filium, §. fin. de legat. 3. ergo substitutio quando stat in significatione directa, erit verbum directum, at in sui natura erit commune, communitate æquiuoca, argumentum enim tunc procederet, quando omnis substitutio, quę sub verbo (instituo) continetur esset institutio, at obliqua non est, & tamen contineatur sub eo, licèt æquiuocè, ergo argumentum non viget.

Quarto & vltimo adducitur pro opin. contra communem. Institutio est verbum directum, ergo & substitutio; probatur consequentia: quia substi-
225 tutio componitur ex sub & institutio, sed dictio (sub) non denotat nisi inferioritatem gradus, vt patet ex verbi significatione, et probat tex. in l. prima, in princ. ff. eod. vbi substituti dicuntur hæredes, sicuti instituti, nisi quod instituti sunt in primo gradu substituti in secundo.

Respondeo, quod dictio (sub) non semper denotat inferioritatem gradus tantum, sed aliquando improprietatem, vt in d. l. Publius, §. fin. ff. de cond. & demonstr. vbi fideicommissarius appellatur impropriè substitutus; aliquando autem denotat diminutionem in iure, vt in subrogato subrogatione secundum quid, vt supra declarauimus; denotat ergo dictio (sub) gradus inferioritatem in substitutione directa, at secùs in obliqua, vt in subrogatione secundum quid, ergo verbum (substituo) non est directum, cum possit experiri in significatione obliqua, seu fideicommissaria, & prosequens concludo, vnà cum opinione communi, verbum (substituo) esse verbum commune.

226 Ad duodecimum iamiam & vltimum caput in hac Rubr. conuolamus; in quo de triplici verborū natura quibus vtuntur homines in substitutionibus faciendis quæritur. Aio itaque, homines vti in substitutionibus in esse deducendis, aut verbis directis, aut obliquis, aut communibus.

227 Directa verba sunt illa, quæ denotant ius competere alicui ipso iure, & quæ important tale ius, quo hęreditas possit adiri de iure ciuili, vel bonorum possessio de iure Prætorio, & sunt hæc, instituo, hæres esto, dominus esto, assigno, adiudico, concedo, & similia.

Verba obliqua, seu precaria, seu fideicommissaria sunt illa, quę exigunt alterius ministerium, scilicet verbum, restituo, verbum detur, reddatur, reuertatur, & similia.

Verba cōmunia sunt illa, quę extant in significatione directa, & obliqua, vt est verbū, permaneat, redeat, pertineat, deueniat, deuoluatur, & similia.

Sed vt melius hęc dilucideque cognoscere possitis, necesse est aliquas ponere regulas acceptas à Iuris prudentibus varijs in locis, &

228 Prima regula sit ad cognoscenda verba directa, quod illud dicitur esse verbū directum, per quod possit hęreditas adiri de iure ciuili, vel bonorū possessio agnosci de iure Prętorio, ita dixit Bald. in l. fin. C. de sacrosanct. eccles.

Secunda regula est; quod omne verbum per quod immediatè succeditur testatori, est verbum directum, ita Bald. in loco pręmonito.

Tertia regula est, quod omne verbum significās immediatè successionē descēdere ab instituto ad substitutū, statim quod substitutus moritur, est verbum directum, ita glo. in l. eam quam. C. de fideicommiss.

Quarta fuit tradita Regula; Omne verbum alterius ministerium excludens, in vniuersali substitutione est directum, & illud dicitur excludere alterius ministerium, per quod significatur, quod substitutus nō debet habere ab alio, sed per se accipiat bona; ita Bart. in l. Centurio, ff. eod.

Quinta & vltima fuit Regula; Omne verbum continens dispositionem & exequutionem simul, dicitur esse verbum directum, ita Ripa, in d. l. Centurio, exemplum autem istorum verborum est in verbis suprà deductis, videlicèt, instituo, hęres esto, & alia.

229 Ad cognoscēdum verò verba obliqua, seu fideicommissaria, quæ sunt contraria verbis directis, sat est cognouisse verba directa, cum cognito vno de contrarijs, de necessitate cognoscatur & alterum, §. 1. supra, de his, qui sunt sui, vel alieni iuris, l. 1. ff. de accus. Speculat. in tit. de appellat. in prin. idem si faciemus Regulas contrarias, suprà dictis, habebimus intentum.

Primo regula est; Omne verbū, per quod immediatè, non succeditur testatori, est verbum obliquum.

Secunda Omne verbum, propter quod non potest adiri hæreditas de iure ciuili, vel bonorū possessio agno-

agnosci de iure Prætorio, est verbum obliquum.

Tertia regula sit, Omne verbum significans successionem immediatè, non descendere ab instituto ad institutum, statim quod institutus moritur, est verbum obliquum.

Quarta regula est, Omne verbum alterius ministerium includens est verbum obliquum, & dicitur includere alterius ministerium, per quod significatur, quod substitutus non per se, sed ab alio, vt puta, ab hærede, accipiat bona.

Quinta & vltima regula est, omne verbũ, quod non inducit dispositionem, & exequutionem simul, est verbum obliquum, exemplum est in verbo, restituo.

Et animaduertaris, quod omnes istæ Regulæ videntur posse restringi ad vnam tantum, & ad eius contrariam, vt s. Directa sint illa, per quæ testator sua manu immediatè confert hæreditatem; Et obliqua sint illa, per quæ per manum alterius, & mediatè confert hæreditatem.

Sed ad vnum cõsiderare vos oportet, quod nullum verbum tam obliquum est, quin directum fiat, & è conuerso nullum est tam directum, quin obliquum fiat, vt est, si testator per se ipsum hæreditatem immediatè transferat, & hoc appareat: nam tunc obliquum fit directum; si verò mediatè & per alium transferat hæreditatem, tunc directum obliquum fit, ita dixerunt DD. in d. l. Centurio, ff. eod.

30 Videmus de directis, & obliquis, nunc ad communia transeamus, & duas ponamus tñ regulas.

Prima regula sit; quod omne verbum, ꝙ æquè propriè habet significationem directam & obliquam, est uerbum commune, ita Bald. in d. l. fi. C. de sacros. eccles. Bart. & alij, in d. l. Centurio.

Secunda regula sit, quod omne verbum, quod quandoque reperitur in significatione directa, & quandoq; in obliqua, est uerbum commune, exemplum ponunt DD. in verbo (substituo) quod vt vidistis, secundum opinionem communem, est uerbum commune.

Et ex his ad laudem diuini numinis, sit explicata hæc famosa, difficilis, & utilis Rubr. de vulgari substitutione.

REPERTORIVM AD PRINC. De vulg. substit.

43 *Seruus quando instituitur sub hac conditione, si voluerit, habet remissionem necessitatis. Declaratur, nu. 48.*

36 *Si de quo minus videtur inesse, & inest, ergo & de quo magis.*

40 *Similia omnia sunt diuersa.*

40 *Simile est idem.*

7 *Stipulatio est duplex, pura, & conditionalis.*

5 *Substitutionis vulgaris modus, seu conceptionis formula.*

5 *Substitutio vulgaris habet duo extrema, vnum negatiuum, alterum affirmatiuum; quod dictum malè impugnat Ozerius.*

9 *Substitutio directa in codicillis, & in qualibet alia vltima voluntate nisi in testamento fieri potest, quod dictum impugnat Faber.*

14 *Substitutio facta in codicillis ex certa scientia, an obliquetur, necne? & communis est quòd sic, nos contrarium putamus, nu. 22. & 25.*

21 *Substitutio pupillaris est compatibilis cum fideicommissaria.*

31 *Substitutio pupillaris præsupponit hæreditatis aditionem.*

26 *Substitutio vulgaris non requirit aditionem, secùs in fideicommissaria.*

28 *Substitutio directa fieri non potest in codicillis, cum nec institutio fieri possit.*

30 *Substitutio quando in codicillis fieri possit.*

31 *Substitutio est terminus æquiuocus.*

32 *Substitutio directa in codicillis facta obliquatur, quando testator credebat se facere codicillos, secùs si crederet facere testamentum.*

33 *Substitutio facta in codicillis, quæ obliquatur, tantum durat quantum durasset illa directa.*

33 *Substitutio directa in codicillis facta à milite, valet, nec obliquatur.*

37 *Substitutio vulgaris potest fieri sub expressione vnius tantum casus, & illius defectus facit locum substitutioni.*

41 *Substitutio vbi habet locum, non habet locum ius accrescendi.*

43 *Substitutio serui in vltimo loco, & non alibi fieri potest. quod dictum reprobatur communiter.*

26 *Substantia vnius contrarij non potest esse substantia alterius contrarij.*

29 *Substitutus directò ille dicitur, qui habet bona illa eo iure quo habiturus fuisset ille cui est substitutus.*

1 *Summarium huius Principij.*

4 *Testamentum iudicatur factum ex institutione & substitutione.*

44 *Testator dando seruo substitutum, an videatur ei remittere necessitatem; & dubia est quæstio.*

45 *Testator præsumitur in dubio vti remedio, quo mediante testamentum valeat.*

45 *Testator instituendo seruum, censetur remittere necessitatem.*

12 *Verbum (videtur) quandoque denotet veritatem.*

15 *Verbum (volo) est verbum directum.*

18 *Verbum (volo) non est per se directũ, nec obliquum, sed diuersificatur secundum naturam adiuncti.*

18 *Verbum (omne) aut est directum, aut obliquum, aut commune.*

18 *Verbum directum, non est tam directum, aut obliquũ, quod non possit ex subiecta materia diuersificari.*

30 *Verbi communis natura est significare æquè propriè vtramque significationem, directam & obliquam. Verbum (substituo) est verbum commune communitate impropria.*



1 DIVIDITVR tex. iste secũdum Ozer. in duas partes, licèt secundum alios non diuidatur; ego autem neutrum eorum dictum sequens, diuido in tres partes; in prima ponitur dictum generale, testatorem posse plures hæredum gradus facere. In secunda exempla illius deducit. In tertia ponit ampliationẽ ad regulam præcedentem, in seruo hærede necessario. secunda est ibi, vt puta, tertia ibi, & nouissimo loco.

Summatur, seu in compendium redigitur hoc pacto; potest quis in suo testamento plures hæredũ gradus facere, & in subsidium substituere hæredem necessarium, quod summarium communiter rece-
2 ptum est. Facti species ita per interrogationem, & responsionem potest effingi; Quæsitum fuit ab Imperatore, nunquid vnusquisque possit sibi de hærede prouidere, plures gradus hæredũ constituendo, videlicèt, Si instituero Mæuium hæredem, & Mæuius hæres esse noluerit, an possim? Secundo loco illi substituere Semproniũ, & ipsimet Sempronio Caium. Et pro ratione dubitandi faciunt ea quæ s. deduximus in Rubr. in 1. cap. vbi in dubium reuocabamus substitutiones fuisse inanes, & inutiles, vnde aliter non est insistendum.

3 Primo notatur ex huiusmodi tex. in illis verbis (ratione autem) quod licèt dictio (autem) propriè aduersatiuè ponatur, prout est gl. in l. hoc amplius, §. de his autem, vbi etiam Bart. ff. de dam. infec. tamen quando stat inceptiuè, prout euenit, quando nihil præcedit cui aduersari possit, vt hic, & in l. 4. §. hoc autem iudicium, ff. de dam. infec.

4 Secundo notatur ex isto tex. ex illis verbis (in testamento) quod hæres scribitur in testamento: nam eo ipso quod institutionem hæredum, vel substitutionem quis facit, indicat se velle testamentũ condere, & non codicillum, actus n. agentium intentionem demonstrat, l. non codicillum, C. de testam. vbi nõ codicillum, sed testamentũ auiam nostram facere voluisse, institutio, & exhæredatio probat euidenter. Ad idem etiam in l. si idem, C. de codic.

5 Tertio & vltimò, alijs consultò omissis, noto ex illis verbis modum, & formam, & conceptionem vulgaris, quæ est; Si ille hæres non erit, ille hæres esto; ita Bart. in l. 1. col. 4. ff. eod. num. 17. vbi dicit, quod verba substitutionis vulgaris respectu illius cui fit institutio, sunt negatiua, respectu verò substitutionis, sunt affirmatiua, vt si dico; si ille hæres non erit; ista verba sunt negatiua respectu instituti: illa autem; hæres esto, sunt affirmatiua respectu substituti; Habetis ergo, quod substitutio vulg. habet duo extrema, quæ retulimus etiã s. in Rubr. dum de vulgari loquebamur, videlicèt, vnum extremum negatiuum, alterum affirmatiuum.

Sed contra hanc Bart. theoriã communiter receptam,

ptam, Insurgit Ozet. hic, nu. 2. dicens, quod Bart. in quãtum ait, quod verba substitutionis sunt negatiua, in quantum respiciunt institutum, inepiè loquitur: quia verba substitutionis omnia sunt affirmatiua, nam aduertendum est inquit ipse, quod si testator dicat, si ille hæres nõ erit, ille hæres esto, propria verba substitutionis sunt illa, hæres esto; illa autem verba, si hæres non erit, non sunt verba substitutionis, sed conditionis, sub qua est facta substitutio, nam secundus fuit substitutus sub hac cõditione, si primus hæres nõ erit, ergo male Bart.

6 Comprobat Ozet. hanc suam opin. argumentando à simili l. illud, ff. ad leg. Aquil. pone ergo, quod si dixeris; si Titius Consul factus fuerit, centum date spondes; & tu respondeas sic, verba propriæ stipulationis erunt illa, centum date spondes; illa autem, si Titius Consul factus fuerit, sunt verba conditionis sub qua facta est stipulatio, §. sub conditione, J. de verb. obligat. vbi dicitur, quod sub conditione fit stipulatio, cum in aliquem casum obligatio differtur, veluti, si Titius Consul factus fuerit, centum date spondes?

Sed Ozet. hic, toto cœlo errauit, & ineptissimè loquutus est: quia si illa verba (si hæres non erit) nõ essent de essentia substitutionis, tunc eius definitio esset falsa, quam communiter DD. approbarunt; licèt ego aliter sentiam circa definitionem ipsius vulgaris, vt supra in Rubr. demõstraui, arguo igitur sic; Si verba illa conditionalia, non essent de substantia substitutionis, sequeretur, quod definitio substitutionis non comprehẽderet illa, sed definitio illa comprehẽdit, ergo sunt de eius substantia. Maior patet, quia definitio non ponit nisi substantialia. Bar. & DD. in l. 1. ff. de testam. Bald. l. 1. C. de vsufruc. Minor patet: quia eius definitio est cõditionalis secũda institutio, ergo male Ozerius.

Secundo, si illa verba (hæres non erit) non essent de substantia, sequeretur, quod substitutio posset fieri sine illis, aut saltem sine illis considerari: sed cõsequens est falsum, ergo & antecedẽs. maior probatur de per se, quia non sunt de essentia, non requiruntur ad eius constitutionem, & per consequens eius substantia poterit sine illis considerari, quod consequens sit falsum, probatur: quia tunc remanerent solum illa verba (hæres esto) ita, quod nulla est differentia inter substitutionem, & institutionem, vt patet intuenti.

7 Non obstat simile de stipulatione, quia scire debetis, quod stipulatio est duplex, pura s. & conditionalis, & habent istę duæ species genus quoddã s. se, s. stipulationẽ; nam & stipulatio pura, stipulatio est, itẽ & cõditionalis stipulatio, propriè stipulatio est. Modò, quando Ozet. dicit, quod illa verba (si Titius Cõsul factus fuerit) nõ sunt de stipulatione: verũ est quidẽ, si intelligas de pura stipulatione, vel generica: si aũt de cõditionali, nõ, vt patet vnicuiq; illa definienti.

Vlterius argum. à simili data aliqua dissimilitudine nõ procedit, Dec. post alios, in l. diem functo, ff. de officio assessor. & per Euerard. in loco à simili; Sed inter hæc est magna dissimilitudo, quia stipulatio potest fieri purè, substitutio autem non potest: quia semper habet conditionem intrinsecam, vt patet ex eius definitione; vnde concludo, Bart. bene loquutum esse. His sic adnotatis,

8 Capio gl. primam, quam in tres partes diuido; in prima declaratur tex. faciendo quoddam generalę Axioma, in secunda illam limitat, declarando, quando substitutio in codicillis fieri possit, & quando; in tertia & vltima parte adducit tex. concordãtem. secunda ibi, fit tamen, tertia ibi, & facit.

Pro expeditione primæ partis, ante omnia pręsuppono, quod hic Imperator loquitur de substitutione directa, vt s. vidimus, & satis declaratur per illã verba (hæres esto) quæ directa dicuntur, iuxta regulas s. à nobis traditas in Rub. in vlt. capite. Hoc pręsupposito, quęro cũ Accurs. an hæc substitutio fieri possit in alia vltima voluntate, pręter quam in testamento: quia dicit text. noster, potest autem quis in suo testamento plures gradus hæredum facere. Respondet gl. quod non; in codicillis enim non potest fieri hęc substitutio, vt directò valeat, sicuti nec institutio fieri potest: nam, si non potest institutio fieri, ergo nec substitutio, ipsa .n. præsupponit institutionem, vt s. latè audistis; allegat gl. ad hoc probandum tex. in §. pen. J. de codicill. & text. in l. hęreditatem, C. de codicill. dicitur .n. in d. §. pen. J. de codicill. hæreditas neq; dari, neq; adimi potest, ne confundatur ius testamentorũ, & codicillorum, in d. l. hæreditatem, dicitur, hæreditatem quidem codicillis neque dari, neque adimi, manifestum est.

Secundo in secunda parte, pro cuius expeditione quęro, an alio modo possit fieri substitutio in alia vltima voluntate quàm in testamento? respondet gl. quod fit in codicillis ex certa scientia, vt si sit aliquis in codicillis substitutus directò, per hoc verbũ (substituo) saltem per fideicommissum admittitur, vult dicere gl. quod si quis in codicillis faciat substitutionẽ directã, illa obliquatur, & valet in vim fideicommissi, allegat tex. in l. Scęuola, ff. ad Treb. ubi dicitur; Scęuola respondit, si pater filium impuberem ex asse hęredem scripserit, eiq; codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit: licet substitutio inutilis sit, quia codicillis hæreditas neque dari, neque adimi potest: tñ benigna interpretatione placuit ut frater succedens ab intestato, substitutis fideicommisso obligetur. hoc tñ procedit subdit gl. quãdo testator non putabat se testm̃ facere, sed sciebat, & se codicillos facere, nã si non credebat se facere codicillos, sed testm̃ tũc substitutus, uerbis directis, siue obliquis, idest per fideicommissum nullo modo admittitur, ut est text. in l. fi. §. illud quoq;, C. de codicill. ubi dr̃, illud quoq; pari rõne seruandum est, ut testator q decreuit facere testm̃ si id implere nequierit intestatus uideatr̃ esse defunctus, nec licet ad interpretationẽ fideicõmissi traducere ultimam uoluntatẽ, ueluti ex codicillis.

Secundo in tertia parte in qua gl. adducit tex. cõcordantem cum tex. nostro, videlicet, in l. potest ff. eo. vbi ponuntur eadẽ verba, quæ hic, & hęc sunt quę dicit glos. ex qua nonnullæ colliguntur conclusiones, quarum prima est. Substitutionem directam in codicillis, & in qualibet alia vltima voluntate, nisi in testõ fieri non posse, cum qua conclusione pertrãseunt DD. & nullus est quẽ ego viderim qui ausus est contradicere, excepto Fabro, qui in prin. sui cõmẽti dicit in quibusdã casib. valere substitu-

tionem codicillis factam, ut est casus in l. asse to-
to, ff. de hæredib. instituendis, & in casu l. si ita
scripsero, ff. de condit. & demonstr. dicitur enim
in l. asse toto, asse toto non distributo ita scriptum
fuerat: quem heredem in codicillis fecero hæ-
res esto, & postmodum in codicillis Titium hære-
dem instituit, querebatur an illa institutio valeret,
dicit ibi tex. quod sic: ecce ergo quod ibi est facta
institutio in codicillis, & tamen valet.
Similiter in l. si ita scripsero, ff. de cond. & demõ.
dicitur si ita scripsero in testõ quantũ codicillis Ti-
tio legauero tm̃ ei detur, postmodũ in codicil. Titio
legauit, querebatur an ualeret legatũ, et dicitur ꝙ sic,
Attamen à cõi recedẽdum nõ est, & indubitata
conclus. q̃ aptè probatur ex §. codicillis, ĩ. de codic.
10 Nec obstant in contrariũ adducta, quia si quis
ea iura rectè perpender, potius contrariũ probare
intelliget, & quantum attinet ad l. asse toto. respon
deo, quod illa institutio non est facta in codicillis,
sed in testamento, in codicillis. n. solũ declaratur
quis ille sit quẽ voluit testamento institutum esse,
vnde illa institutio, quę explicitè in codicill. facta
est, implicitè prius erat in testamento, quia in scri-
ptura referente est implicitè omne id ꝙ in scriptu-
ra ad quam fit relatio explicitè continetur, vt dixit
Bald. in d. l. si ita scripsero.
Sed contra hanc responsionem insurget aliquis
dicens, hanc responsionẽ esse cõtra illum tex. dum
in eo dicitur, quod illa institutio est ibi prius facta
in testamento, qũo igitur dicit ille tex. quem hęre-
dẽ codicillis fecero? oporret ergo dicere, quod aut
text. male loquatur, aut ĩ. dicta respõsio non sit bo
na; sed tex. male loqui non potest, ergo de necessita
te solutio hæc non potest procedere: sed hæc obie-
11 ctio non vrget, quia debetis scire, quod facere hęre
dem contingit duplici modo, explicitè, & implici-
tè, vt virtualiter declarat Bar. in d. l. si ita scripsero,
& expressius Bald. ibi. modo ille textus dum dicit,
quẽ hæredẽ fecero codicillis debet intelligi quem
hæredem explicitę fecero in codicillis, antetamen
erat factus implicitè in testamẽto, & codicillis ex-
plicitè, idest manifestè, & ideo valet non per codi-
cillos, sed per testm̃, quia à testamento suam habet
validitatem, quod clarè demonstrat ille text. dum
in fine dicit, licèt codicillis neq; dari, neque adimi
possit hæreditas, tñ eo casu ex testamento data vide
12 tur, & ibi verbũ videtur, denotat veritatem, vt in l.
ꝙ liquidè, ff de pen. leg. in §. fi. item quia huiusmo-
di verbũ, videtur, qñ est prolatũ à Iureconsulto so-
let veritatẽ importare, secus tñ si ab homine profe-
ratur. per tex. in l. 1. §. fi. ff. ne quis eũ qui in ius voc.
est. ibi, quæ sentẽtia nobis crebrior vr̃, ad idem est
tex. in l. ex imperfecto, ff. de leg. 3. & ꝙ hoc verbum
denotet non impropríetatẽ, sed veritatem, est text.
in l. 3. § ex contrario, in fi. vbi Ange. ff. de acq. poss.
Bart. in l. si is qui pro emptore, col. 6. ff. de vsuca. no
tat Alex. in l. soluto matrim. §. volũtate, nu. 3. ff. sol,
matr, Ias. in §. præiudiciale, ĩ. de act. nu. 23. Dec. in
l. qui per successionẽ, nu. 3. ff. de reg. iur. dicit Bald.
in l. quoties, §. si quis ita scripsit, ff. de hæred. inst.
13 Secundo, non obst. d. l. si ita scripsero, vbi dicitur
quantum codicillis Titio legauero, ei detur, & si co
dicillis ei legauerit valet legatum; quia responde-
tur, illud legatum non valet à codicillis, sed à testõ,
cũ in testõ sit dispositio legati, ibi. n. dr̃ ꝙ vult Titio
relinquere, sed non determinatur quantitas, quæ
Titio relicta est codicillis, patet igitur, quod quic-
quid dixerit Fab. cõis opinio bene se habet. ita ꝙ
indistinctè debet intelligi, quod substitutio dire-
cta non potest fieri in codicillis, sed tãtum in testõ.
14 Secunda elicitur conclusio ex gl. quod substitu-
tio facta in codicillis ex certa scientia obliquatur.
verum quia hæc conclusio non caret difficultate,
operepretium esse duximus illam explicare.
Sit ergo quęsitum, an substitutio verbis directis
facta in codicillis ex certa sciẽtia trahatur ad fidei-
commissum, & sic obliquetur; qua in re Doct. ma-
gis cõiter tenent partem affirmatiuam, & de cõi te
status est Ozer. hic, nu. 5. quem sequitur gl. & Bar.
in l. hęreditatem, C. de impub. & alijs substit. idem
Bar. in l. verbis ciuilib. ff. de vulg. & pup. Crotus in
l. 1. §. si quis ita, nu. 35. ff. de verb. oblig. pro qua
Primo deducitur textus in l. illud, §. tractari so-
let, ff. de iure codicill. vbi dicitur, illud tractari so-
let, de eo qui cum testm̃ non fecerit codicillis ita
scripserit, Titium hæredem esse volo, dicit ibi tex.
quod est quæstio voluntatis, nã si ille intendebat
facere testm̃, non potest hæres tanquam fideicom-
missarius petere, sed si crederet codicillos facere, pe
15 tere potuerit; arguo igitur sic ex hoc text. hoc pa-
cto, verbũ dicitur, esse verbũ directũ. Bart. in l. quæ
liber. ff. de vulg. & pup. & tex. quẽ ibi allegat Bart.
ad hoc, in l. qm̃ indignũ, C. de testam. vbi nihil in-
terest inter verbũ, volo te hæredẽ, & facio te hęre-
dẽ, vel instituo; sed substitutio facta in codicillis p̃
hoc verbũ obliquatur, & valet tanquã fideicõmis-
saria, d. l. illud, §. tractati, ergo substitutio facta ver
bis directis in codicillis ualet in uim fideicõmissi.
16 Ego autem qui disputationis causa opinionem
cõtrariam asserere uerrorem minimè uereor, huic
textui accõmodabo responsionẽ. Primo. n. rñdetur
ex Viglio hic, qui dicebat hanc l. non facere ad pro
positum, cum in ea non determinetur, quod sub-
stitutio facta in codicillis obliquetur, sed solum in
ea dicitur, quod qñ constat de uoluntate testatoris
uolentis hæreditatem alicui relinquere, tunc uiden
dum est, an uolut testamentum, an codicillos face
re; nam si testamentum facere credat non ualebit
fideicommissum, si codicillos secus.
Hæc responsio non satisfacit mihi: nam si inda
camus illam l. sicuti supra fecimus, uidetur ma-
ximè urgere, quia si verbum, volo, est directum, in-
ficiari non potest, quod ille text. pro hac opinione
communi non sit satis urgens.
17 Secundo loco igitur respõdebat Ozer. hic nu. 8.
ꝙ in d. §. tractari, fuit facta substitutio non per uer-
ba directa, sed per obliqua, seu precaria: nã verbum
uolo, de sui natura dicitur esse obliquum, l. 2. C.
com. delegat. vbi dicitur omne uerbũ significans le
gitimum sensum testatoris, legare, uel fideicommit
tere uolẽtis est ualidum siue sit directum ut iubeo,
siue precarium, vt uolo, mando, & similia.
Nec obstat tex. in l. qm̃ indignum, C. de testam.
ubi dicitur, quod nulla est differẽtia inter uerbum,
uolo te hæredem, & facio te hæredem, nã respon-
detur per eum, ꝙ nulla est differẽtia, quoad hoc ut
habeat

habeat hæreditatem non quoad naturam verbi.

18 Sed nec ſecunda reſponſio placet Vigl. quia verbum volo, non eſt de per ſe neq; directum, neq; obliquum, ſed diuerſificatur ſecundum naturam adiuncti, & ſecundum ſubiectam materiam, vt dixit Bart. in l. verbis ciuilibus, ff. eod.

Tamen hæc impugnatio iudicio meo nõ tenet, quia neceſſe eſt, ꝙ de ſui natura verbum volo ſit aut directum, aut obliquum, aut commune, nã oĩa verba ſunt in hac triplici differentia, vt dixit Bart. in l. Centurio, quem ſequuntur DD. communiter, ff. eod. & nos diximus, ĩ. in vltimo capite huius rubri. et cũ habeamus tex. expreſsè dicentem illud eſſe precariũ ſeu obliquũ, nos & hoc fateri debemus.

Nec obſtat, quod ratione adiuncti huiuſmodi verbũ directum eſſe poſſit, quia hoc euenit in omnibus verbis, cum nullum ſit tã directum, aut tam obliquum, ꝙ ſecundum ſubiectam materiam non diuerſificetur, iuxta cõem doctrinam DD. in l. Centurio, valida eſt ergo reſponſio Ozer. ad illũm tex. quam ante illum tradidit Iacob. de Aren. in l. verbis ciuilibus, ff. eod. & Ioannes Andr. in cap. ſi pater, de teſtament. lib. 6.

Secundo pro communi tamen adducitur text. in l. cum quis, §. Sciam, ff. de leg. 3. vbi aliquis Męuium, & Seium libertos ſuos hęredes inſtituit ęquis partibus, & Męuio ſubſtituit Sempronium pupillum, ac dominũ ſuum, deinde fecit codicillos quibus dixit, Męuium libertum meum, quem in teſtamento pro parte dimidia hæredem eſſe iuſſi, eam partem hæreditatis accipere recto, in cuius locum pupillum Sempronium meum hæredem eſſe volo, quęrebatur an illa ſubſtitutio valeret, et dicitur quod valet per fideicõmiſſum: argumentando igitur ex eo text. ſicuti ex ſuperiori patet ſubſtitutionem directam in codicillis factam ex certa ſcientia trahi ad fideicommiſſum.

Reſpondetur huic textui ex Ozer. vt ſupra in ſecunda reſponſione fecimus.

19 Tertio & vltimo alijs omiſſis adducitur pro cõmuni vrgens textus, in l. Scęuola, ff. ad Trebell. vbi talis erat caſus, quidam fecit teſtamentũ & filium ſuum impuberem ex aſſe hæredem inſtituit, eique codicillis ſubſtituit, deinde filius impubes deceſſit, dicitur ibi quod licèt ſubſtitutio inutilis ſit, quia codicillis neque dari, neque adimi poſſit hæreditas, tamen benigna interpretatione valet in vim fideicommiſſo, certè ibi illa ſubſtitutio fuit directa, & verbis directis facta, quia ſi fuiſſet facta verbis precarijs & obliquis, non fuiſſet inutilis, & valuiſſet ſtricto iure, non autem ex benignitate, quia per verba precaria poteſt in codicillis fieri inſtitutio, & ſubſtitutio, §. pen. ĩ. de codicillis, gl. & DD. in l. ſi idem, C. de codicillis, ſed pro reſponſione ad hunc text. laborant DD. &

Primo reſpõdebat Iacob. de Aren. in d. l. verbis ciuilibus, quod illa l. Scęuola loquitur in pupillari ſubſtitutione, in qua eſt ſpeciale, nos verò loquimur de vulgari directa.

Sed cõtra hãc reſponſionẽ mouebatur Bauer. quia aſſerere hoc eſſe ſpeciale, & non adducere rõnem ſpecialitatis eſt refugium miſerorũ, vt inquit gl. in l. filium quem habentem, C. fam. erciſcundę.

Chriſtoph. de Caſtil. volens reddere rationẽ ſpecialitatis dicebat, ꝙ illud operatur fauor filiorum.

Sed contra hanc rationẽ iterum inſurgebat Bauer. quia in ſuſtinẽda illa ſubſtitutione ſpecialiter non fauor pupilli verſaretur, ſed patris: nam fauor pupillis eſſet ſi ei ſuccederẽt, cum honor ſit ſucceſſorem habere, §. eadẽ, ĩ. quib. ex cauſis manum. ſed per fidecommiſſum ſucceditur teſtatori, l. cohęredi, §. quod ſi hæredem, ff. eod.

Secunda igitur fuit reſponſio Ozer. quod in d. l. Scęuola, ſubſtitutio facta fuit p verba cõia, non p verba directa, vt videtur declarare gl. noſtra hic ad q̃ DD. non aduertunt. ipſa. n. dicit. Fit tñ in codicillis ex certa ſcientia, vt per fideicõmiſſum ſaltẽ ſubſtitutus directò, per hoc verbũ ſubſtituo admittat, modo illa ſunt verba cõia, q̃ ęquè propriè adaptãtur ad vtrãq; ſignificationẽ, fuit ergo ibi facta ſubſtitutio per verba cõia, & licèt quoad ſignificationẽ directã inutilis ſit, tñ benigna interpretatione intelligitur ibi verbum, ſubſtituo, in obliqua ſignificatione, vt actus potius valeat, quàm pereat, arg. l. quoties, ff. de reg. iuris, l. quoties, ff. de reb. dub.

20 Hæc reſpõſio nõ eſt admittẽda, qa ſi de natura verbis cõis eſt ſignificare, ęquè ꝓpriè vtrãq; ſignificationẽ, & certè de rigore, & non ſ'm ęquitatẽ accipi poterit illud verbũ ſubſtituo, in vtraq. ſignificatione, & ſic in obliqua, ſicuti in directa, & ita non procederet, ꝙ inqt ille text. ꝙ valet ex benignitate.

Secundo reijcitur hæc reſponſio. Si verbũ ſubſtituo, eſt cõe, dicitur cõe cõmunitate impropria, & cũ in dubio verba ſint propriè accipiẽda ſignificat directã: dato ergo ꝙ ibi eſſet facta ſubſtitutio p verbũ ſubſtituo, ꝙ tñ eſt diuinare, quia ibi verbum ſubſtituitur, eſt verbum legiſlatoris, non hominis, illud tamen verbum ſtat in directa ſignificatione.

21 Dico ergo ꝙ vera eſt reſponſio Iacobi de Aren. quod d. l. Scęuola, loquatur, in pupillari ſubſtitutione, in qua eſt ſpeciale, & verã ſpecialitatis rationem vltra alios deduco, & eſt hęc. Nam pupillaris eſt compatibilis, cũ fideicommiſſaria, vulgaris verò incompatibilis; pupillaris. n. præſupponit hæreditatis aditionẽ, & ſic fideicõmiſſaria põt verificari, at vulgaris non poteſt habere locũ, ſi adita ſit hęreditas, vt habetur in hoc titu. ergo ſi vulgaris non poteſt valere in uim fideicommiſſarię, quia tunc contrariũ tranſiret in contrarium, ꝙ eſt impoſſibile, & pupillaris ſit ſimilis fideicõmiſſariæ, ergo loquitur de pupillari, cũ in habẽtib. ſimbolũ facilior ſit tranſitus, l. ſi acceptillatum, ff. de acceptil. §. ſed hodie, ĩ. de adopt. dixit Anch. in d. c. ſi pater, de teſtam. et Goffr. in l. verbis ciuilib. ff. eod. videtis ergo ꝙ ex pręalleg. iurib. nõ videtur ꝓbari cõis opinio.

22 Contrariam tñ partẽ tenuerunt Iacob. de Areo. in l. verbis ciuilib. ff. eod. Goffr. & Criſtof. de Caſtil. ibi, quos ſequitur Ioan. And. cap. ſi pater, de teſtam. eandẽ tenuit Iaſ. ibi in d. l. verbis ciuilibus, licèt ſub nu. 13. contrariũ aſſerere videatur, tñ loquitur in pupillari, ꝙ patet per d. l. Scęuola, per eũ allegatã, & dictũ Doctoris debet intelligi ſ'm legem q̃ allegat Bart. in l. non ſolũ, §. liberationis verbo, ff. de lib. leg. idem tenuit Bar. ſecundũ ipſum Iaſ. in l. nõ codicillum, C. de teſta. Sed in libro meo Bart. hoc non dicit. Eandem Iacobi opinionem tenuit

Oxer. hic, quorum omnium sententiam ego quoq; pariter amplector, intelligendo tamen illam aliter quàm DD. ipsi fecerint, vt infra audietis.

Et mouentur præfati Doct. ad probandũ, quod substitutio directa facta ex certa scientia in codicillis non obliquetur, nec tanquam obliqua, nec tanquam directa valeat.

23 Primo per textum in l. non codicillum, C. de testam. per l. hæreditatem, l. non idcirco, C. de codicill. in quibus omnibus indistinctè dicitur, quod hæreditas directò in codicillis neque dari, neque adimi potest, lex autem indistinctè loquens, indistinctè debet intelligi, l. de precio, ff. de public. at illæ leges indistinctè dicunt, hæreditatem dari, nec adimi posse directò in codicillis, ergo & nos indistinctè dicamus, quod nec etiam valeat iure fideicommissi.

24 Secundo & vltimo deducitur, quia quotiescũq; lex resistit actui, tunc ille actus nullo modo valere potest, & nullum effectũ producit, l. cum lex, ff. de fideiussor. Iacob. de Are. in l. non dubium, C. de legib. sed lex resistit substitutioni directò factę in codicillis, ergo & nos. Minor probatur in l. si idem, C. de codicill. in fi. Viglius tamen hic dicit non esse discedendum a communi opin. licèt ipse aliquando contrarium attentauerit, quam opinionem dicit probare tex. in l. fin. §. illud, C. de codicill. vbi si testator decreuit facere testamentum, & fecit codicillos, non potest voluntas trahi ad fideicommissum, ergo à contrario sensu si credat se codicillari, poterit trahi.

Nec obstant adducta pro opinione Iacobi de Aren. & aliorum: nam ad primum respondetur, quod verum est, quod in codicillis directò fieri substitutio non potest, ad hoc vt directò valeat, & hoc dicunt illa iura, sed per fideicommissum bene valere potest, et hoc non inficiantur prędictę leges.

25 Sed contra hanc responsionem insurgit Oxer. replicando, quod illæ leges videntur dare formam, & forma debet adamussim seruari, l. qui per salutem, ff. de iureiur. cum similibus.

Sed hæc replicatio non est bona, quia respondetur, quod dant formam substitutionis, quæ de rigore valet in codicillis, non ex benignitate, seu fauorabili interpretatione, & ideo si quis velit facere substitutionem, quæ stricto iure valeat, in codicillis faciat eam secundum formam per illas traditam, scilicet per verba precaria, cum leges vt dixi, non dent formam quoad illa quæ benigna interpretatione valent.

Secundo, non obstat argumentum pro opin. Iacob. videlicet, quando lex resistit actui, tunc actus nullum producit effectum, sed lex resistit actui, scilicet substitutioni directò factæ in codicillis, ergo; nam respondet Vigl. quod resistit vt directò valeat, non vt obliquè, & sic videtur posse saluari opinionem communem.

26 Sed certè quicquid dixerit Vigl. non est ab opin. Iacob. recedendum cõtra communem, quam opinionem ego probo vrgenti medio. Et in primis præsuppono, quod impossibile est, quod substantia vnius contrarij, sit substantia alterius, contraria. n. incompatibilia sunt, l. si inter te, & me, ff. de except. rei iud. & generatio fit à simili, non à contrario, l. in agris, ff. de acquir. rerũ dom. dixit Bart. in l. si vnus, §. pactus ne peteret, ff. de pac. hoc stante dico, quod vulgaris substitutio non requirit aditionem hæreditatis, vt dicitur hic, fideicommissaria verò requirit hæreditatis aditionem toto tit. ff. ad Trebell. §. s. J. de fideicomm. hæred. ergo ista duo sunt incompatibilia, cum sint contraria, vel habeant contrarias qualitates, & passiones, ergo impossibile est, q̃ vulgaris directa valeat in vim fideicommissarię.

27 Secundo moueor, opinio communis non probatur iure, ergo non est admittenda, argum. l. illam, C. de collat. §. consideremus, in Authent. de triente, & semisse.

Nec obstat argumentũ Viglij sumptum ex l. fin. §. illud, C. de codicill. vbi si testator credat se facere testamentum, non potest obliquare suam voluntatem, ergo à contrario sensu, si non credat se facere testamẽtum, sed codicillos licebit obliquare. Nam respondeo, quod licebit, quando res patitur, vt in pupillari, quæ est compatibilis cum fideicommissaria, vt supra declarauimus, at quando res non patitur, non licebit, nec poterit tunc colligi istud argumentum à contrario sensu, quia non colligitur vbi resultat absonus intellectus DD. communiter in l. i. ff. de officio eius, in l. conuenticula, C. de episco. & cler. & ita debet intelligi text. in dicta l. fin. §. illud.

Sed huic opin. Iacobi videtur obstare quam maximè text. l. Scęuola, ff. ad Trebell. in fine illius, vbi Iurisconsultus ait, quod si inuicem substituti fuerint, hi qui pupillo substituti fuerunt, valet substitutio; ibi ergo erat substitutio reciproca, quæ continet vulgarem tantum, cum illi filij essent impuberes, & sic ibi sentit glos. etiam, ergo vulgaris obliquabitur, aliàs non valeret, cum supra firmatum sit vulgarem directam in codicillis factam non valere.

28 Pro dissolutione huius difficillimę difficultatis, prius sunt aliqua præsupponenda; & Primo, quod ideo substitutio fieri non potest directò in codicillis, quia nec institutio fieri potest, ita glo. nostra hic, & benè, nam cum substitutio sit secunda institutio, necessariò primam præsupponit, ergo vbi prima fieri non potest, nec etiam secũda; si ergo daretur aliqua substitutio vulgaris directa, quę nõ supponeret institutionem, ipsa fieri possit in codicillis, & iure directò valeret, quia cessante causa, cessat effectus, l. adigere, §. quamuis, ff. de iure patr. §. illo autem, supra, de milit. testam.

29 Secundo est præsupponendum, quod ille dicitur substitutus directò qui habet bona eo iure, quo illa habiturus fuisset ille cui est substitutus; ita declarant DD. in d. l. Centurio, ff. eod. Ancha. & alij, in cap. Raynutius, de testam.

Tertio præsupponendum est, quod fideicommissum non est hæreditas, etiam si sit vniuersale, patet: quia fideicommissarius non dicitur hæres, §. penult. l. postulante, ff. ad Trebell. l. pater filium, §. fina. ff. de legat. 3. & hinc est, quod fideicommissa in codicillis fieri possunt, §. pen. ĩ. de codicill.

Istis sic præsuppositis dico, quod ibi in d. l. Scęuola, illa substitutio vulgaris directa remanet directa,

recta, & non obliquatur, quod patet; quia si moriatur vnus ex filijs, puta Titius, alij duo habebunt bona eodem iure, quo ille habiturus fuisset, si vixisset, scilicet à fratre legitimo hærede ab intestato impuberis, vt sentit, & dicit gl. ibi, ergo patet, quod non obliquatur, quia tunc censeretur rogatus hæres Titij mortui, vt restitueret illam partem alijs duobus, vel sic non haberet recta via, sed per obliquam, iuxta notata per Anthar. in d. cap. Raynutius, ergo est directa, & remanet directa secundum suum esse, & tamen valet vt ibi dicitur; nec obstat
30 si dicas, ergo sequeretur, quod poterit dari hæreditas in codicill. contra iura supra deducta, quia respondeo, quod non datur hæreditas, sed fideicommissum, quia illa pupillaris obliquatur, & illi tres sunt fideicommissarij.

Item non obstat si dicas, ergo valebit substitutio directa, facta in codicillis, contra l. si idem, C. de codicillis, vbi dicitur codicillis potestas instituendi, ac substituendi data non est; quia respondetur, quod ille text. loquitur de substitutione directa, quæ fit in locum institutionis, illa enim potest fieri in codicillis, quia institutio non potest fieri: at hæc non est facta in locum institutionis, sed fideicommissi, illi enim erant fideicommissarij, non instituti, vnde, hæc vulgaris directa non præsupponit primam institutionem, & ideo valet directa.

Item non obstat si dicas, ergo dabitur substitutio vulgaris directa, cui non competeret definitio substitutionis, quia non erit secunda cōditionalis institutio, cum hæc primam non præsupponat, quia respondetur, quod substitutio est terminus æquiuo-
31 cus, vt supra audiuistis, & ideo prius distinguendus, quàm definiendus. Illa autem definitio, est definitio substitutionis, quæ vt supra in Rubr. diximus, in locum hæredis fit. at hæc non fit in locum hæredis, sed fideicommissarij, quo fit, vt sit substitutio vulgaris directa, sed impropria, quia non est in locum hæredis, & non est secunda institutio, vndè continetur æquiuocè sub substitutione, & sub substitutione vulgari, & sic videtis, quod illa lex nullo pacto habet obstare, ex quo concludo opin. contra communem veriorem esse.

Si tamen vultis communem sustinere, dicatis, ex quo illa iura non probaui, quod quando communis opinio habet, quod substitutio vulgaris directa facta in codicillis obliquatur, debet intelligi, quod verba substitutionis vulgaris, vel quib. vtuntur homines, in ea impropriantur, non substitutio: nam illa substitutio non est vulgaris directa, sed fideicommissaria à principio.

Non obstat si dicas, quod adest forma vulgaris, cum illa verba (si hæres non erit, sit hæres Titius) sint forma vulgaris substitutionis, vt patet sic: quia respondetur, quod illa verba sunt forma vulgaris, quādo stant in directa significatione: at quādo sunt in codicillis, stant in obliqua, vnde non sunt forma vulgaris directæ, & quod obliquentur verba tantum, videtur sentire Ancbar. in dicto cap. si pater, lib. 6. num. 8. de testamentis.

32 Intellecta igitur hoc modo communi opin. licèt vt dixi, veriorem esse contrariam existimem, limitatur, vt procedat solum quando testator credebat se facere codicillos, si autem crederet se facere testament. & codicillos fecerit, & in eis esset substitutio, tunc nec directò, nec per fideicommissum admitteretur substitutus, ita glos. nostra hic, & eam sequuntur communiter Doctores. Aut igitur clarū est, quod volebat codicillari, & tunc intelligitur esse obliqua ab ipso principio secūdum commun. opinion.

Sed quid quando sumus in dubio, vt quia non constet de mente testatoris, & breuiter omissa disputatione concludendum est, quod si in dicta dispositione adsit institutio, vel exhæredatio, vel etiā substitutio, quæ omnia in codicillis fieri directò non possunt, præsumitur ipsum testari voluisse, l. non codicillum, C. de testamentis, vbi dicitur nō codicillum, sed testamentum auiam vestram facere voluisse; institutio vel exhęredatio facta probant euidenter, videtur igitur testari velle, si quid prædictorum faciat.

33 Sed hoc debet intelligi, quando testator non fecit clausulam codicillarem in fine, vt quia dixerit quod si non valet tanquam testamentum, valeat tanquam codicillus, tunc enim prædictis non obstantibus, prædicta substitutio obliquaretur, vt hic per DD. Faber hic circa hanc rem aiebat, quod si semel valuit iure testamenti, non potest postea valere iure codicilli, quia conditio habuit locū suum, allegat text. in l. Titiam filiam, ff. de inoff. testam. & text. in l. patronus, §. fin. ff. de leg. 3.

Sed illæ ll. non videntur probare intentionē Fabri. Nam in ipsis talis erat casus: quidam testamentum fecerat, vel filium vel filiam exhæredauerat, vel pręterierat, & legata quędam ab instituto reliquerat, & dixerat se velle, quod illa legata pręstarentur ab intestato, si non voluisset testamentū, postmodum filius exhęredatus, vel pręteritus, egit querela inofficiosi testamenti, & obtinuit. Quærebatur, an illa legata deberent pręstari ab intestato, dicit ibi text. quod non, & assignat rationem, quia scilicet illud testamentum videtur factum à demente, vnde nihil ab eo dependens valet, videtis ergo, quod ibi non valet, non, quia semel tanquam testamentum valuerit, sed quia videtur factum à demente, & ideo in vim codicillorum valere non possit: sed quicquid sit de illis ll. dictum Fabri in se verum est, probatur sua ratione: nam testator dicit, quod si non valet vt testamentum, valeat vt codicillus, ergo solum vult, quod valeat, quod non ualet vt testamentum. si ergo deficiat conditio, & verè testamentum valeat, non poterit postea iure codicillorum ualere, cum conditio non adueniens nihil ponat in esse, l. cedere diem, ff. de verb. signif. vnde, si hoc testamentum rumpatur, non per querelam inofficiosi, quia tunc non ualeret etiam ut codicillus, sed aliqua alia ratione, ut agnatione posthumi, aut alio modo, certè non posset ualere in uim codicillorum. Idem, si hęres elegisset accipere relictā hęreditatem quasi ex testamento, non enim si conuinceretur testamentum inualidum esse, posset postea confugere ad id quod ualeret iure codicillorum. Facit text. in l. fin. C. de condit. insert. ubi si hęres repudiauit id quod sibi à testatore in libertate dari debebat, non potest postea petere, sic ille, si uiam

codi-

codicillorum repudiauit, eligendo illam quę est ex testamento, non poterit ad ipsam reuerti.

33 Secundo limitatur hæc conclusio, vt intelligatur tantum durare illa obliqua, quantum durasset illa directa si fuisset valida, ita Angel. & Ozer. hic, & fuit sententia Bart. in d. l. Scęuola, quamuis nos potius hæc videatur declaratio, quàm limitatio.

Tertio & vltimo limitatur non procedere in milite, ille enim licèt codicillis directam faciat substitutionem, illa tamen vt directa valet, & non obliquatur. ita Bart. in d. l. Centurio, vbi alij, ff. eod. & pro hac in terminis est text. in l. militis codicill. ff. de milit. testam. vbi miles codicillis hæreditatem dare potest.

34 Sequitur glos. in verbo, gradus. quæ diuiditur in duas partes, in prima exponit text. in secunda comprobat expositioné a simili. secunda ibi, & sic dicit.

Pro expeditione primæ partis, quæro, quare dicantur gradus substitutionum. respondet glo. quod ita appellãtur, quia dicuntur ad similitudinem graduum qui faciunt scalas.

Pro expeditione secundę partis ipsa gl. dat similitudinem de affinitatis gradibus, nam etiam illi dicuntur ad hanc similitudinem, l. Iureconsultus, §. gradus, ff. de gradibus. vbi dicitur quod gradus dicti sunt ad similitudinem scalarum, vel locorum procliuium, & hæc inquit Accurs.

35 Circa quam quærunt hic Fab. & Aret. nunquid si Titius fuerit institutus si nauis ex Asia venerit, & Caius si non venerit, isti ambo dicantur instituti, an verò vnus institutus, alterq; substitutus, quod quidem admodum vtile est. Nam si ambo instituti dicentur, poterunt petere bonorum possessioné secundum tab. quæ datur omnibus qui primo gradu sunt hæredes, licèt sub conditione instituti sint. l. 2. §. defertur, ff. de bon. poss. secundum tab. & illi soli proderit cuius conditio antea extiterit, vt hic Ozer. dicit.

Hac in re variæ fuerunt interpretum opiniones, & Faber hic, quem sequitur Ozer. & Vigli. & videtur cum illis esse communis opinio, tenuerunt quod essent ambo instituti, & huiusmodi rationibus mouebantur.

Primu per textum in l. Lucius Titius, ff. de hæred. instituend. vbi talis erat casus, quidam fecit testamentum, & Seium, & Sempronium hęredes instituit, & inuicem illos substituit, & legata ab eis reliquit, postmodum dixit, Mæuius, Caius, & Titius æquis partibus hæredes sunto. Quærebatur an Męuius, et socij essent instituti, vel substituti, respódet I.C. quod quamuis in obscuro sit, tamen secundum scripturam propositam, ipsi sunt instituti, nó substituti, sic ergo ex eo text. arguebatur quoties dubitatur de mente testatoris, tunc hæredes censentur instituti, & non substituti, d. l. Lucius Titius. at in casu nostro sumus in dubio de mente testatoris, ergo potius debent cęseri instituti quàm substituti.

36 Contrariam tamen partem secutus est Bauer. & nonnulli alij, & mouentur duobus tantum rationibus.

Prima de qua per text. in l. si ita scriptum, ff. de bonorum pos. secundum tab. vbi talis erat casus; aliquis fecerat testamentum, & in eo instituerat Sempronium in dimidia, & Titius in quattor vncijs, si nauis ex Asia venerit, & in reliquis duabus instituit eundem Titium, si nauis ex Asia non venerit, dicitur ibi quod Titius non est in duabus partibus institutus, sed sibiipsi substitutus, vnde ex illo text. arguo sic; si de quo minus videtur inesse, &c. inest, ergo & de quo magis, l. non debet, ff. de reg. iuris, Authen. multo magis, C. de sacrosanct. eccl. sed in casu proposito vbi est eadem conditio, quæ & in casu nostro, Titius intelligitur sibi substitutus, vnde hoc minus videbatur dicendum, cum aptius alter alteri, quam sibi quisquam substituatur, vt de se patet, ergo tanto magis idem videtur dicendum in casu nostro, in quo sub eadem conditione alter alteri est substitutus.

37 Secunda est ratio fundata in dictis Bart. in l. 1. ff. eod. vbi dicitur, quod substitutio vulgaris potest fieri sub expressione vnius casus tantum, & defectus illius casus facit locum substitutioni, per l. fin. C. de instit. & substit. vbi si testator dicat, si mihi posthumus natus non erit, Titium hæredem facio, tunc illa dicitur substitutio, non institutio. Ecce quod ille fuit institutus sub expressione vnius casus tantum, scilicet si posthumus non nascetur, & tamen appellatur & est substitutus, sic in casu nostro est facta institutio sub expressione vnius casus tãtum, scilicet si nauis ex Asia non venerit, ergo debet esse substitutio. Argumentor ergo sic, quandocunque institutio est facta sub expressione vnius casus tantum, tunc defectus illius casus facit locum substitutioni, per supra dicta, sed in casu nostro est sic facta, ergo si deficiat casus, vel conditio aduenerit, tunc erit locus substitutioni; & ille secundus, erit substitutus, non institutus.

Non obstat argum. pro opin. comm. Fabr. supra firmatum, dum dicebatur, quando sumus in dubio de mente testatoris, tunc potius censetur esse substitutio, quàm institutio, l. Lucius Titius, ff. de hæred. instit. at in casu nostro sumus in dubio de mente testatoris, ergo.

Respondetur, quod maior propositio non est vera, nec eo d. l. Lucius Titius probatur, quia ibi non sumus in dubio, & licèt dicatur ibi, quod sit in obscuro; tamen illa obscuritas declaratur per scripturam testamenti, adeo, quod non dubitatur de mente testatoris, ibi enim clarum est, quod testator volebat illos secundos institutos esse, non substitutos: instituit enim Seium, & Sempronium primo loco, et ab eis legata reliquit, postmodum dixit, Męuius, & Sempronius hæredes, mihi sunto; & substituti, ecce quod ibi apparet, quod etiam primis hæredibus existentib. voluit secundos hæredes esse, quod non poterat si substituti fuissent: patet ergo quod d. l. non probat communem intentionem.

38 Sed tamen non est a communi recedendum, quam probat Ozer. hac ratiocinatione, & in primis dicit esse animaduertendũ, quod conditio nihil ponit in esse ante sui euẽtum, d. l. cedere diem, ff. de verb. signif. vnde institutio sub conditione facta, si conditio non extiterit dicitur esse nulla.

Vlterius aduertendum est, quod substitutio pręsupponit, institutionem, cum sit secunda institutio, & secunda dicatur respectu primę, patet quod primam

niam præsupponit. his sic pmissis impossibile est, quod si testator dicat, instituo Titium, si nauis ex Asia venerit, & Seium si non venerit, quod iste secundus dicatur substitutus; nam ponamus quod nauis ex Asia non veniat, in tempore statuto a testatore, certè Seius quia sua côditio fuit purificata, habebit hæreditatem non tanquam substitutus, sed tanquam institutus, quod patet, quia Titius cum sua conditio nô extiterit non potest dici institutus, nihil.n. ponitur in esse per illam conditionem, quę non extuit, sed institutio debet substitutionē præcedere, ergo manifestè patet, quod Seius dici non potest substitutus, nec est. Quo stante, non ea quæ in contrarium deducebantur obstant.

39 Primo, quod dicebatur per l.si ita scriptum, ff.de secundum tab. vbi fuerat ex semisse Sempronius hæres institutus, & ex triente Titius, si nauis ex Asia venerit, & si non venerit, idem Titius ex sextante, & dicitur quod est sibi ipsi substitutus, non institutus, vnde arguendo hoc modo si de quo minus videtur inesse & inest, ergo & de quo magis, l.non debet, ff.de reg.iu. sed ibi est eadem conditio de qua in casu nostro, & ille dicitur sibi ipsi substitutus, ergo tanto magis in casu nostro in quo sunt diuersæ personæ.

Huic difficultati respondebat Ozer. dicēs, quod casus illius l.est valde a casu nostro diuersus, nam ibi est facta institutio in diuersis rebus circa eandem personam, scilicet in triente, & in sextante, at in casu nostro est facta circa eandem rem, vel in eadem re circa diuersas personas, scilicet in eadem hæreditate. patet ergo, quod sunt diuersi casus, vnde succedit regula de qua in l. Papinianus exul, ff.de min. quod ex diuersis non fit illatio.

40 Sed hæc responsio non satisfacit, quia secūdum ipsam nunquam procederet argumētum à simili, cum omnia similia sint diuersa, vt de se patet; vt igitur habearis resolutionem huius rei, sciendum est, quod diuersa sunt in duplici differentia, aliqua sunt similia ratione eiusdem qualitatis, vt mutuum, & indebitum, quæ ambo re contrahuntur, §.1.§.is quoque, infra quib.mod. re cont.oblig. Aliqua sunt dissimilia, vt possessio, & proprietas, l.3. §.nihil commune, ff.de acquir.poss. fuit hæc doctrina Bald. l.si vnus, §.pactus ne peteret, ff. de pact. modo vos habetis regulam quod ex diuersis non fit illatio: de quibus diuersis intelligenda est hæc regula? an de similibus; ratio, quia non valeret argum.a simili, contra l.illud, ff.ad l. Aquil. omnia enim similia sunt diuersa, cum nō sint idem, intelligemus ergo regulam de diuersis dissimilibus, in quibus non est eadem qualitas respectu eius de quo agitur, vt dixit Decius post alios, in l.diem functo, ff.de off.assessor. hinc patet falsitas solutionis Ozer.adductæ, quia quāuis casus illius legis, si ita scriptum, sit diuersus a casu nostro, est in diuersitas cum similitudine, cum enim in d.l. Titius, sit institutus, si nauis ex Asia venerit in triente, si non venerit in sextāte, vt ibi dicitur, quod est sibi ipsi substitutus, certè ille sub contraria conditione est in secundo casu institutus, sicuti in casu nostro secus.

41 Ozer. itaque transibat ad aliam solutionem dicens, quod quatenus in illa lege dicitur, quod est substitutus sibi, debet intelligi quando est substitutus per similitudinem, & impropriè, quia sicut substitutus non potest habere hæreditatem, nisi prior sit hæres ab ea exclusus, sic ille Seius non poterit sextantem habere, nisi prius a triente sit exclusus, vnde sicut substitutio, & institutio simul concurrere non possunt, sic illę duę institutiones simul se non compatiuntur, & quod ita debeamus intelligere illū tex. alia ratione probatur. Vbicūque habet locum substitutio, non habet locum regulariter ius accrescendi, quia substitutio est iure accrescendi potētior, vt DD.in l.1.C.quando non petten. part. vbi Cagnol. num.52. sed in d.l. dicitur, quod ille cōsequitur sextantem per ius accrescendi, quia sextana vacans illi accrescit, ergo ille non fuerat substitutus, quia tunc non habuisset locum ius accrescendi, & hæc solutio est satis bona, addās tu quod substitutio præsupponit institutionem validam, vt sup.diximus, ergo ille non potest dici propriè substitutus.

Secundo & vltimo non obstat doctrina Bart. in d.l.1.ff.eod. quod quando substitutio est facta sub expressione vnius casus tantum, tunc defectus illius casus tantum facit locum substitutioni, d.l.fin. C.de instit.& subst. at in casu nostro non est sic facta, ergo.

Respondetur, quod illa theoria facit ad propositum, quia Bart. dicit quod si testator dicat, si posthumus mihi natus non erit, instituo talem, certè ista est substitutio, quia illam præcedit institutio valida, ille enim instituerat posthumum, & postmodum dixerat illa verba, at in casu nostro, non præcessit institutio, quia illa prima fuit conditionalis, quę nulla extitit non adueniente conditione, vt supra diximus, & sic remanet defensata communis opinio Fabri, & sequacium.

42 Capio glos. in verbo, nouissimo, quę in duas distribuitur partes, in prima exponit text. in secunda quęrit, & respondet.

Pro expeditione primę partis dicitur in text. quod potest quia plures gradus hæredum facere, & nouissimo loco seruum suum necessarium heredem instituere, quęro, quid sibi velit illud verbum, nouissimo?

Respondet Accurs. quod debet exponi, idest vltimo; allegat ad hanc suam expositionem probandam text.in §.nouissimè, supra, de suspect.tut. vbi dicitur, nouissimè autem sciendū est, illos, qui fraudulenter tutelam administrāt, remoueri posse tanquam suspectos, & glos.exponit nouissimè, idest in vltima parte huius tituli.

Pro expeditione secūdę partis quęro, an ipse seruus possit alio loco quàm vltimo institui, puta secundo vel tertio, & alij post eum sint substituti; respondet gl. quod non; ad hanc responsionem propositam probandam talem intendit rationem. lex non admittit actus frustratorios, l. qui bis idem, ff.de verb.oblig. sed si alię substitutiones, post substitutionem serui fierent, essent frustratorię, & inutiles, ergo non admittuntur. & sic seruus non poterit nisi vltimo loco institui. minor probatur, quia cū seruus velit, vel nolit sit hæres, & cogatur adire hæreditatem, vt hic inquit Imperator, est tex. in §.1.

de hæ-

de hæred. qual. & differentia, patet alij qui essent ei substituti non admitti, cum hæreditate adita substitutio spiret, l. post aditam, C. de impub. & alijs.

43 Ex qua glos. colligitur hæc conclusio. Seruum non posse nisi in vltimo loco substitui, quam tenuit hic Accurs.

Hanc tamen glos. opin. reprobant communiter Doct. & contra eam mouentur Fab. dicens illam posse tum de facto, tum de iure impediri, idest falsam demonstrari. De facto redditur falsa, vt puta, si Titius fuerit hæres institutus, & ei substitutus Mæuius, & Mæuio seruus testatoris, & seruo Sempronius, deinde seruus moritur antequam adeat, certè, Sempronius tunc admittitur, quia verum est seruum non fecisse hæredem, & sic non erunt posteriores substitutiones inutiles.

Potest etiam de iure secundum Fab. damnari ratio glos. nam quando testator substituit seruo suo, tunc quamuis seruus regulariter sit hæres necessarius, tamen eo casu videtur remittere illi necessitatem, & per dationẽ substituti videtur illum facere voluntarium motus, per l. iam dubit. ff. de hæred. instit. vbi dicitur; iam dubitari non oportet suos quoque hæredes sub hac conditione si vellet institui posse, & si non vellet talem habeant substitutum, & ita hæreditas deueniet ad substitutum, & sic illa substitutio posterior non erit superflua. Vlterius dicit Faber, posset seruus domino nolle obedire, & sic non adire hæreditatem, quo casu admitteretur substitutus, & quod possit nolle adire est, text. in l. 3. C. de hæred. instit.

Circa id quod dixit Fab. de facto omnes conueniunt in hoc quod eo in casu substitutio posterior non sit inutilis, & quod glos. male locuta fuerit dum asseruit seruum non posse, nisi vltimo loco substitui.

44 Sed dubium est circa viam iuris, an si testator dederit seruo suo substitutum ei remittere censeatur necessitate? qua in re variæ fuerunt opin. & Fab. hic, quem sequitur Ozer, Canciunc. & alij tenuerunt quod sic.

Primo per text. in l. iam dubitari, ff. de hæred. instit. vbi dicitur iam dubitari nõ oportet suos quoque hæredes sub hac conditione, si vellent hæredes esse institui posse, si nollent sit illis talis substitutus; ecce ille text. loquitur, de suo & necessario hęrede, & Bart. ibi in summario exemplificat in seruo, & tamen dicitur voluntarius, quia sibi est datus substitutus, vnde arguo sic, quando hæres fit voluntarius, ei potest substitui, sed hic fit, d. l. iam dubitari, ergo testator dando substitutum seruo, intelligitur ei remittere necessitatem. Maior probatur, quia ex eo dicitur voluntarius, quia non habet necessitatem.

Secundo adducitur text. l. verba, ff. de cond. inser. vbi dicitur verba hæc; Publius Mæuius, si volet hæres esto, in necessariam conditionem facerent, vt si nolit hæres esse non existat. Sed ad hoc quod iste text. possit colorato modo ad propositũ adduci, oportet vt dicamus quod testator, quando substituit seruo dicens, si seruus hęres non erit, sit Titius, dicat ideo ac si dixisset, si seruus esse noluerit, & sic quod verba substitutionis respiciant voluntatem tantum, & tunc arguo sic; hæres necessarius quando instituetur, sub hac conditione, si voluerit, fit voluntarius, d. l. verba. Sed per dationem substituti, prior institutus intelligitur institutus sub tali conditione, ergo substituti datio tollit necessitatem in seruo.

Tertio adducitur text. l. 1. §. si proponatur, ff. si quis omiss. caus. testam. pro cuius faciliori intelligentia est præsupponendũ, quod antiquitus quando quis faciebat testamentũ, & aliquid alicui legabat, hęres si erat filius vel veniens ab intestato, nolẽbat ex testamento hęreditatẽ adire vt ea legata non solueret, sed accipiebat ipsa ab intestato. Vnde Prętor fecit edictum quo puniebat istos, qui relicta causa testamenti ad causam intestati confugissent, vt patet toto tit. ff. si quis omis. causa testam. hoc supposito dicitur in d. l. 1. §. si proponatur, quod si testator fecerit testam. & Titium hæredem instituerit, & ipsimet sibi substituerit, quod poterit iste Titius hæreditatem accipere, ex substitutione, quę forsan legatis nõ est grauata omissa institutione, vnde ex ea l. sic arguo; datio substituti facit quod quis possit institutionẽ repudiare, sed pręsupponimus seruum datum etiã substitutum, ergo poterit institutionem impunè omittere.

45 Quarto facit tex. in d. l. 3. C. de hære. inst. vbi dicitur, quod seruus potest etiã iubente domino nolle adire, si potest nolle adire, & hoc sibi permittitur, ergo habebit locum substitutio.

Quinto & vltimo quidam nouissimi mouentur, seruus, & filius quoad existentiam hæredis æquiparati esse videntur, cum vterque sit necessarius, tunc sic arguitur, quod dicitur de vno æquiparatorum, intelligitur etiam de altero dictum, l. si quis seruo persuaserit, in fi. ff. de furt. vbi glos. iuncta l. vt tantum, ff. de ser. corrup. sed filius & seruus sunt ęquiparati, ergo quod dicitur de filio, de seruo dictum intelligitur. Sed datio substituti tollit necessitatem in filio, ergo & in seruo. Minor probatur per communem DD. sententiam, in l. si filius hęres, ff. de liber. & posth.

46 Contrariam tamen opin. tenuerũt Fulg. & Bal. l. pen. ff. eod. quos citat Aret. hic: Sed credo & locus sit corruptus, quia in libro meo, nec Bal. nec Fulg. hoc asserunt. Imola tamen in eo loco simpliciter hanc opin. tenet, & videtur magis communis opinio, et pro ea, nullam efficacem rationem videntur adducere, vnde hęc ratio potest deduci quæ validissima est.

Primo, quia pręsumitur, & censetur testatorem semper velle suum testamentum in eo valere, propter quod illud condidit, ergo dicendum est ipsum habere in animo obseruari illa media, per quę magis securè consequatur votum suum; Sed certè magis securè deueniet ad hunc finem si necessitatem seruo non remittat, quã si remittat, quia si non remittat omnino est habiturus hęredem, ergo in dubio censetur testatorem non remisisse necessitatem seruo per substituti dationem, sed vt dicit hic Vigl. considerasse casus possibiliter euenturos, vt quia seruus mori poterat antequam adiret, & ideo huic casui prouidere volens ei substitutum dedit.

Secũdo adducitur pro hac opin. tex. noster dum dicit,

dicit,

dicit, quod quis potest plures gradus hæredum facere, & nouissimo loco seruum instituere; pro inductione huius tex. scire debetis, quod verbum potest, denotat potentiam, non necessitaté, l. 1. C. quomodo, & quando iudex, hoc stante sic arguo, verbum potest, non inducit necessitatem, sed in textu nostro dicit, quod potest vltimo substitui seruus, ergo non necessitatur vltimo loco ponere.

Tertio & vltimo videtur posse confirmari, ex §. 1. supra, de hæred. qualit. & differentia, vbi dicitur, is enim qui facultates suas suspectas habeter solet seruum suum primo aut secundo gradu, aut etiam vltimo hæredem instituere, si solent primo aut secundo, aut etiam vlteriori gradu hæredem instituere, non est necesse, quod vltimo loco faciant.

47 Qua opin. retenta non obstant in contrarium deducta, &

Primo, dum dicebatur, quando seruus hæres fit voluntarius, tunc ei censetur remissa necessitas, vt per dationem substituti intelligatur voluntarius fieri, ergo remittitur ei necessitas. minor probatur, ex l. iam dubitari, ff. de hered. instit. vbi soi, & necessarij, hæredes possunt sub hac conditione si vellent heredes instiui, si autem nollent talem habere substitutum,

Respondeo, quod questio nostra est, an in dubio testator substitutus seruo, intelligatur ei remittere necessitatem, & dicimus quod non, nec ille text. in l. iam dubit. obstat, quam ibi constat de voluntate testatoris volentis remittere necessitatem, ibi enim testator contulit expressè in voluntatem serui eum dixerit, hæres esto, si volet ille seruus, ergo fit voluntarius non per dationem substiuuti, sed per illam conditionem appositam si volet.

48 Secundo non obstat, dum dicebatur hæres necessarius quando instituitur sub hac conditione, si voluerit habet remissionem necessitatis, sed per dationé substituti, intelligitur institutus sub illa conditione, ergo &c. negatur enim minor, & ad d. l. verba, eodem modo respondetur, quis eodem modo loquitur, nec est verum, quod quando dominus substituit in hæc verba, scilicet si seruus heres non erit, sit hæres Sempronius, sit idem, ac si dicat si seruus esse noluerit hæres, immò, vt supra diximus, censetur solum respicere casum mortis possibiliter euenturum, aut alium casum impedientem aditionem hæreditatis.

Tertio non obstat, dum dicebatur, datio substituti, operatur quod hæres possit hæreditatem, vel institutionem repudiare, sed nos præsupponimus seruum substitutioné habere, eique datum fuisse, ergo. negatur minor, & ad d. l. 1. §. si præponatur, ff. si quis omissa caussa testam. respondetur, quod ibi hæres non sit voluntarius quoad hæreditatem, sed quoad institutionem, non enim dicitur quod possit hæreditatem omittere, sed institutionem & hæreditatem cogebatur accipere, dato quod fuisset seruus testatoris, ex substitutione si volebat repudiare institutionem, aut ergo in ea. l. ille institutus erat liber, & tunc erat voluntarius, etiam sine substitutione si filius testantis non fuisset, & poterat repudiare hæreditatem, etiam sine substitutione; aut seruus testantis erat, & tunc dicimus, quod licèt posset institutionem repudiare, non tamen hereditatem poterat; nam institutionem poterat, quia testator substituendo ipsum sibimet, censetur sibi dare licétiam, vt omittat institutionem, ratio est: quia per hoc non carebit hærede, careret aut si per substitutionem intelligeretur ipsum facere voluntarium.

49 Quarto non obstat dum dicebatur, ex l. 3. C. de hæred. instit. quod seruus non posset non obedire. Respondeo, quod ille text. loquitur in seruo alieno instituto contemplatione sui, qui si nolit adire, & tormentum patiatur; potius quàm adeat domino præiudicat. ita declarat Politus, in tractatu substit. in vulgari substitutione, num. 4 & videtur declarare tex. in l. cum aliquis, C. de iure deliber. at questio nostra est in seruo proprio testatoris, qui omnino à l. cogitur domini hæreditatem adire, §. necessarij, supra, de hæred. qual. & differentia, & ipso iure est hæres, vt ibi notatur.

50 Quinto & vltimo non obstat dum dicebatur, quod erant æquiparati, seruus, & filius, at dispositum in vno æquiparatorum est dispositum in alio, ergo dispositum in filio, est dispositum in seruo.

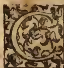
Respondetur, quod duplex est equiparatio, omnimoda, & simpliciter, & per viam regulæ, vt legata, & fideicommissa sunt æquiparata æquiparatione omnimoda, l. 1. ff. de leg. 1. quædam est æquiparatio secundum quid, vt est indebitum, & mutuum, qui duo cótractus æquiparantur in hoc, quod ambo re contrahuntur, sed in alijs differunt, & non datur eadem actio pro ambobus, quia pro vno certi condictio, & pro alio condictio indebiti, §. 1. & sequenti, infra quibus modis re contr. oblig. Id quod dicitur quod ea quæ dicuntur de vno æquiparatorum, etiam de altero dicta intelliguntur, habet locum in illis quæ æquiparantur simpliciter & per viam regulæ, secus in illis quæ secundum quid æquiparantur, quia in istis non est eadem ratio, vnde diuersum ius statui debet, l. illud, ff. ad l. Aquil. modo filius, & seruus intelliguntur æquiparati secundum quid, non simpliciter, patet, quia filius potest abstinere se ab hæreditate, toto tit. C. de repud. & abst. hæredit. ergo non tenet argumentum, & per hæc remanet defensa communis opin. & per consequens fit finis impositus huic principio.

REPERTORIVM AD §. ET SI Disparibus, De vulg. substit.

6 *Argumentum a contrario sensu non valet, quando resultaret legum correctio.*
29 *Dictio, quisquis, est dictio distributiua æqualiter.*
34 *Expressum aliquid esse duobus modis intelligitur.*
3 *Facti species,*
13 *Glos. in verb. disparibus.*
23 *Glos. in verb. expressit.*
2 *Instituti ex disparibus partib. & inuicem substituti an censeantur substituti in illis partibus in quibus erant substituti, & firmatur quod sic. nu. 3. 4. & 6.*
3 *Instituti si plures sint nullis partibus nominatis, æqualiter succedunt.*

4 *Insti-*

4 *Instituti videntur eodem modo dilecti in substitutione sicuti in institutione.*
25 *Instituti in diuersis portionibus & inuicem substituti non habent easdem partes quas in institutione habuerunt quando sunt substituti per nomina propria, & ratio ponitur.*
3 *Intellectus legis nonnunquam, cum l. præcedenti, ff. ad Trebell. & num. 5.*
3 *Intellectus l. quoties, ff. ad Trebell. & num. 5.*
7 *Intellectus l. qui complures, ff. de vulg. & pupill. & num. 9.*
8 *Intellectus l. hac edictali, C. de secund. nupt. nu. 10.*
8 *Intellectus legis si plures, ff. de vulg. & pupill. & num. 11.*
31 *Intellectus l. ita liber, ff. de stat. liber.*
15 *Ius accrescendi quidnam sit.*
16 *Ius accrescendi in quo differat à substitutione.*
17 *Ius accrescendi an vincat substitutionem, & dicitur quod non, & quænam sit ratio quæritur, & deinde duobus modis limitatur num. 18.*
18 *Ius accrescendi venit ex tacito testatoris iudicio.*
19 *Ius accrescendi est quoddam remedium subsidiarium.*
21 *Ius accrescendi venit in quadam consequentia.*
19 *Ius accrescendi vincit successorium edictum.*
20 *Ius accrescendi non competit, nisi portio penitus deficiat.*
12 *Legem interpretari soli Principi competit.*
35 *Nomina appellatiua quæ dicantur, & an sint communia.*
37 *Nomina indifferentia licèt sint, ob id non desinunt appellatiua vocari.*
39 *Nomina appellatiua quandoque funguntur vice nominis proprij.*
38 *Nomen indifferens æquipollet nomini proprio; declaratur procedere secundum quod, non autem simpliciter.*
30 *Partes datæ in institutione non censentur repetitæ in substitutione, quando ex disparitate oneris iniuncti contrarium colligeretur.*
24 *Partes in institutione adiectæ censentur in substitutione repetitæ, quæ sit ratio assignatur; & limitatur hoc dictum duobus modis.*
14 *Pars hæreditatis vacans accrescit substitutis.*
35 *Præcedentia sunt maioris efficaciæ circa sequentia, quàm è conuerso.*
35 *Præsumptiones duæ concurrentes prima attenditur, declaratur num. 36.*
12 *Princeps solus interpretatur leges.*
32 *Quinque quæstiones Aret. explicantur, num. 33. 37. 40. & 41.*
Quoties sumus in talibus, quorum vnum aliquid suadet, alterum contrarium disponit, primum debet attendi.
18 *Ratio quare substitutio vincat ius accrescendi multiplex assignatur, & reijcitur Polit. ac Decij, numero 19. 20.*
25 *Ratio quare instituti in diuersis partibus & inuicem substituti, non succedunt secundum portiones hæreditarias æqualiter, quoties sunt substituti per nomina propria, latè discutitur.*
35 *Sequentia sunt minoris efficaciæ quàm præcedentia.*
22 *Substitutio etiam tacita vincit ius accrescendi. Limitatur.*
17 *Substitutio an vincat ius accrescendi, discutitur, & dicitur quod sic, adducitur que ratio num. 18. limitaturque hoc duobus modis num. 22.*
6 *Substitutio dubia ab institutione declaratur.*
16 *Substitutio in quo differat à iure accrescendi.*
18 *Substitutio venit ex expresso testatoris iudicio.*
21 *Substitutio est principalis dispositio respectu iuris accrescendi. Limitatur.*
25 *Substitutio facta per nomina propria operatur quod instituti æqualiter succedunt in substitutione, non autem pro portione hæreditaria, & quæritur de ratione.*
32 *Substituti partim per nomina propria, partim per appellatiua, quas portiones consequantur in substitutione.*
33 *Substituti per nomina propria & appellatiua simul, quomodo succedant.*
37 *Substituti non per nomina appellatiua nec propria, sed per nomen indifferens quomodo succedant.*
40 *Substituti per nomina propria, plures simul & vnus separatim, quomodo succedãt in substitutione.*
41 *Substituti per relatiuum quisquis, quomodo succedant.*
1 *Summarium huius text.*
6 *Testator an præsumatur diligere hæredes tam in substitutione, quàm in institutione, & deciditur quod sic, num. 9.*
32 *Testator si partem substitutorum proprijs nominibus exprimat, & partem appellatiuis, quomodo in substitutionem succedant.*
33 *Testator si substituat hæredes per nomina propria & appellatiua simul, quomodo succedant.*
37 *Testator substituendo per nomen indifferens, vel per relatiuum, quomodo succedant ipsi substituti.*
25 *Vocati à testatore in substitutione per nomina propria, vel appellatiua, vel indifferentia, vel relatiua, quomodo succedant. 32. 37. 40. 41.*



VM materia §. & plures, supra in Rubr. fuerit explicata, dum de breuiloqua substitutione agebamus, interpretationẽ huius text. aggredimur.
1 Diuiditur itaque in duas partes. in Prima declarat dubitationem quæ oritur ex dictis in fi. §. præcedentis, ibi, inuicem substituti. In secunda comprobat declarationem authoritate. Secunda est ibi, sed ita.

Omisso summario Aretini tanquam superfluo; cum in eo ponantur illa verba (nisi testator aliud disponat.) quæ non sunt in textu, ita in cõpendium redigimus. Instituti si inuicem substituti sint, easdẽ partes habere videntur in substitutione, quas in
3 institutione habuerunt.

2 Facti species commodè effingi non potest per rationes pluries recitatas nisi per interrogationem, & responsionem: Nam cum in §. præcedenti dictum fuerit quod plures instituti possunt inuicem substitui, quæsitum fuit ab Imperatore, quid si testator
5 instituto Titio in duabus vncijs, et Seio in quatuor, eos inuicem substituat, nulla in substitutione partium

tiũm factã mentione, vtrum alter alteri censeatur simpliciter substitutus, an verò pro portione in qua institutus est, substitutus videatur. Et pro ratione dubitandi videbatur dicendum, eos inuicem substitutos esse simpliciter, non autem in eas partes in quas substituti sunt, &

Primo dubium faciebat, quia si diceremus substitutos eos censeri pro portione in qua instituti sunt, sequeretur quod si Seius institutus in quattuor vncijs, non adiret, Titius in duabus institutus iure substitutionis non posset consequi nisi duas vncias ex prædictis quattuor, reliquas verò duas habebit iure accrescendi, quod esset absurdum, contra l. eum qui, cum ibi notatis, ff. de vsucap.

3 Secũdo dubium faciebat tex. in l. nonnũquam, cum l. præcedenti, ff. ad Trebell. vbi instituti in diuersis portionibus, si inuicem substituantur, videntur æqualiter succedere, non autem secundum partes adiectas in institutione, ergo.

Tertio augetur difficultas, ex l. quoties, ff. eod. ad Trebell. vbi substituti succedunt æqualiter, licèt essent diuersimodè instituti, ergo dispositio Iustiniani corruere videtur.

Quarto & vltimo dubitandi occasio datur, quoniam substitutio est secunda institutio, vt supra audiuistis; at quando testator instituit plures hæredes nullis adiectis partibus, tunc ipsi æqualiter succedunt, §. si plures, supra, de hæred. instit. vbi habetur, quod nullis partibus nominatis, ex æquis partibus esse hæredes, ergo quando substituti sunt plures ad inuicem nullis partibus expressis, æqualiter in portione vacante succedunt.

4 Quibus minimè obstantibus, contrarium fuit responsum, quod instituti ex disparibus partibus, & inuicem substituti, in illis partibus in quib. fuerant instituti, substituti censentur. Ratio est, quia in dubio æquè videtur dilecti ijdẽ instituti in substitutione, sicuti in institutione fuerũt. Qua rõne decidendi stante, non obstant in contrarium allegata.

Ad primum enim respondetur, quod facti species in hoc text. effingi non potest in duobus institutis, inuicemque substitutis, tunc enim testator non videtur eos substituere in eas partes, in quibus eos instituit ratione prædicta, sed debet effingi in tribus vel etiam pluribus institutis, & inuicem substitutis, vt facit I.C. in l. si plures, ff. eod. ex qua depromptus est iste §. eo autem in casu cum vno omittente adire portionem suam plures reperiantur in ea substituti, oritur controuersia inter eos pro qua portione existimẽtur substituti; & respondet I.C. necnon Imperator hic, quod substituti in eas partes censentur, in quibus fuerunt instituti, & sic ipsorum substitutio ex institutione de illis facta, declaratur ratione prædicta.

5 Ad secundum respondetur illæ ll. loquuntur quando testator substituit per nomina propria, tunc limitatur dispositio text. nostri, ita ait glos. in verb. expressè, C. de impub. & alijs substit. & nos infrà dicemus.

Ad tertium respondetur, quod illud procedit quando testator æqualiter grauauit substitutos, & tunc illud quod hic dicitur non habet locum, vt per glos. fin. in d. l. t. C. de impub.

Ad quartum & vltimũ respondetur, quod substitutio est secunda institutio, at in casu nostro hæc secunda institutio regulatur secũdum primam, in cuius locum facta est, at in prima in diuersis partibus fuerunt instituti, ergo & in secunda; & sic prædicta ratio in contrarium reflectitur, remanet itaq; firma decisio text. huius.

Ex quo primo vltrà alios noto tex. hunc intelligi non posse de duob. tantum institutis, & inuicem substitutis, sed de pluribus, vt supra dictum est.

6 Secundo noto ibi ex disparibus, quod si ex disparibus partibus essent plures instituti, inuicemq; substituti, tunc non esset opus dubitare ex qua parte censeretur vnusquisque substitutus, cum nullus ex eis maiorem partem in substitutione prætendere posset.

Tertio notatur, quod dubia substitutio declaratur ab institutione, ꝙ notabile alio modo formatur per DD. videlicèt, testator in dubio dilexit hæredes in substitutione eo modo quo in institutione, vt ꝑ Aret. hic, & per consequens tota dispositio huius §. fundatur in coniecturis: nam hic cũ testator ex disparib. partib. institutos inuicẽ substituisset simpliciter, erat dubiũ ex quib. partib. eos substituisset, & ideo inquit, quod videtur ex coniectura tà mente testatoris, quæ oritur ex præuijs institutionibus claris, quæ declarant substitutionem ambiguam, quod eodem modo præsumatur testator diligere eos tam in substitutione, quàm in institutione, & licèt hoc notabile habeat expressum text. pro se, vt patet hic, tamen maximas videtur pati difficultates ex aliarum legum cõtradictione, quæ textui nostro refragari videtur, quo sanè fit, vt non defuerint qui contrarium attentare ausi sunt, &

7 Primo mouent per tex. in l. qui cõplures, ff. eod. vbi dicitur, ꝙ aliquis testamentum fecerat, & instituerat Titium in duab. vncijs hæreditatis, & Semproniũ in quattuor, & Stichũ in quinque, & Caium in vna, postmodum dixit: si Titius hæres non erit, substituo alios tres ex eisdem partibus, ex quibus illos institui, & adijcio cohæredem in Titij partem, videlicèt Mæuium, demũ mortuus est Titius, & sic habuit locũ substitutio, & datio cohæredis in eius parte: quærebatur modo, quantũ de parte Titij ille Mæuius cohæres in substitutione datus, & quantum illi tres habere deberent? Inquit text. quod illa pars Titij debet diuidi in quattuor partes, & vnam habebit Mæuius cohæres, alias autem tres habebunt substituti, & eas diuidẽt inter se pro portione hæreditaria: quomodo ergo volunt DD. huius text. inducere ad propositum? & certè non põt induci nisi inducatur à sensu contrario: Nam in hac l. dicitur, quod si testator substituerit in parte Titij illos tres, pro portionibus in quibus instituit illos, hi debent in portiones hæreditarias diuidere reliquas tres partes Titij, ergo si testator non dicat expressè, se illos substituere ex eisdem partibus, ex quibus fuerunt instituti, si non vocabuntur in portiones hæreditarias.

8 Secundo adducitur tex. in l. hac edictali, C. de secund. nupt. & in §. optimè, in Auth. de nupt. vbi dicit, si mater transierit ad secunda vota habens ex priore matrimonio filios, non potest marito suo

amplius relinquere quàm filio, cui minor portio relicta est ab ea, & si plus relinquat, illud plus ex æquo debet diuidi inter priores filios, licèt haberent dispares partes in institutione. Ecce ibi erant filij ex disparibus partibus hęredes instituti, & tamen diuidunt ęqualiter id quod plus æquè marito suo relinquit ipsorum mater, ergo non videntur ipsæ partes repetitæ.

Tertio & vltimo adducitur text. in l. si plures, ff. eod. vbi si plures fuerint ex diuersis partibus hæredes instituti, atque inuicem substituti, plerumq; credendum est easdem partes illis dedisse testatorem in substitutione, quas & in institutione si plerumque, ergo aliquando secùs erit, & sic istud notabile non videtur semper verum.

9 Contrariam partem communiter amplexi sunt DD. moti per istum text. vbi est casus legis expressus, vnde nulla est habenda dubitatio, l. ancillæ, C. de furt.

Secundo moueor; quia non est assignare rationem differentiæ, quare eos debeat aliter testator in substitutione diligere quàm in institutione dilexerit, iuxta notata in l. 1. C. de impub. & alijs subst.

Nec obstant supra allegata, & Primo, non vrget text. in l. qui complures, inducendo illam per argumentum à contrario sensu, nam pro resolutione dicatis, quod argumentum à cõtrario sensu non colligitur quando resultat legum contrarietas, ita scribentes in l. 1. ff. de offic. eius, & si in d. l. acciperetur argumentum à contrario sensu, sequeretur quod illa lex contrariaretur textui nostro, ergo illud argumentum ibi colligi minimè potest.

Vlterius ille text. loquitur in contingentia facti, meritò ponit casum quod testator illos ex eisdem partibus substituat, ex quibus instituerent, vnde non est intentio illius l. dicere, quod si id non exprimatur partes non censeantur repetitæ, sed quoniam sic accidit in facto, ideo non obstat.

10 Secundo non obstat text. in l. hac edictali, C. de secund. nupt. & text. in d. §. optimè, in Authen. de nupt. vbi ex quo diuidunt filij id quod plus reliquerat mater secundo marito, cum tamen essent dispariter substituti; nam respondetur, quod ibi vocarentur filij ex dispositione legis, non secundum voluntatem; nam testatrix omne illud marito reliquerat, vnde ex iudicio eius filij nihil habuissent, hic verò filij vocant ex volũtate defuncti &c.

Sed dicet aliquis, hoc admisso quod ibi vocentur ex legis dispositione, vnde est quod lex vocat illos ęqualiter? quare cum viderit iudicium et voluntatem testatoris, quę fuit, vni plus relinquere quàm alteri, vt patet in institutione dispariter facta, non vocauit eos secundum eius mentem? cum lex soleat defuncti iudicium probare, l. 1. C. de sacros. eccles. §. disponat, in Auth. de nupt. sed respondetur quod lex fuit nota optima ratione nam secundum naturam est, quod qui sentit commodum, sentire debeat incommodum, l. secundum naturam, ff. de reg. iur. l. quoties, ff. ad Trebell. vbi quamuis ex disparibus partibus fuerint aliqui hęredes instituti, & inuicem substituti, nulla de partibus facta in substitutione mentione, vocantur æqualiter si parem pecuniam dare damnati sint, quo stante, dico, quod ibi lex vocauit illos ęqualiter, ex eo, quia æqualem iniuriam à matre receperunt, vndè, cum par incommodum sentiant, debent vtique sentire par commodum.

11 Tertio & vltimo non obstat l. si plures, ff. eod. vbi dicitur, quod plerumque dicuntur repetitę partes in substitutione, ergo. Respondetur, quod ideo dicit, plerumque, quia aliquãdo est secùs, vt quando ex cõiecturis aliter apparet testatorem sensisse, vt quia fuerint damnati soluere parem pecuniam; vel fuerint proprijs nominibus expressis substituti, vel aliter appareat de volũtate testatoris, & hoc modo concordat cum textu nostro.

12 Quarto & vltimo noto ibi, & ita quod soli Principi datur legem interpretari, concordat l. fin. C. de legib. intelligatis tamẽ hoc notab. procedere, quod s. solus Princeps declaret, & interpretetur leges vbi est eius declaratio necessaria, aliàs quilibet potest interpretari, sed huiusmodi interpretatio non est necessaria, sed tantum probabilis, illa verò Principis est secùs.

13 Capio glos. in verbo, disparibus, quæ non patitur diuisionem. est enim tantum Accursij intentio explicare id quod in textu dicitur aliquo exemplo, meritò ait, ponamus q; sint tres hæredes, vnus in sex vncias, alter in quattuor, & alter in duas, ponamus etiam, quod primus institutus non adeat certe quattuor accrescunt habenti quattuor, & duæ habenti duas, vt hic, & ff. eod. l. in testamento, & l. si plures, l. 1. C. eod. in l. in testamento, talis erat casus, aliquis fecerat testamentum, & instituerat tres hæredes, Titium, Męuium, & Sempronium, postmodũ dixit quisquis mihi hæres esto, is etiam in parte deficientis hæredis hæres sit; Euenit, q; vnus eorum repudiauit, quęrebatur, an secundum eas partes ex quibus instituti erant admitterentur substituti, an in virilem, dicit ibi text. quod admittuntur pro portionibus hæreditarijs; in l. si plures, dicitur: si plures sint instituti ex diuersis partibus, & inuicem substituti, plerumque credendum est, ex eisdem partib. substitutos esse, ex quibus sunt instituti; ponens exemplum I. C. in tribus hæredibus, vno instituto in una vncia, alio in tribus, & tertio in octo; si ille ex tribus non adeat, diuidentur illæ tres vnciæ in nouem partes, quarum octo habebit institutus in octo, & vnam institutus in vnam, nisi aliud de voluntate testatoris appareat, in l. 1. C. eod. dicitur cum hęredes ex disparib. partibus instituti sint, & inuicem substituti, nec in substitutione facta est partium datarum mentio, verum est non alias partes substitutioni tacitę inseruisse testatorem, quàm quas manifestè in institutione expressit.

14 Ex cuius dictis colligitur hęc conclusio, partem vnam hęreditatis vacantem accrescere substitutis pro hęreditarijs portionibus, quam sequũtur vnanimiter Doctor. eam tamen declarantes in d. l. 1. C. de impuber. procedere ex improprietate vocabuli, quoniam illud verbum accrescit, stat impropriè; ratio est: quia ad illas partes sunt expressè vocati per substitutionem, non per ius accrescendi, l. si in testamento, l. si plures, ff. eod. ex qua declaratione colligitur per accidẽs substitutionem

vincere

viacete ius accrescēdi. et cū questio prędicta ardua sit, et multum necessaria, ad ea q̄ inferius dicentur, in §. ii. huius tit. ideo hanc altius repetendam duxi.

15 Sit igitur conclusio, an substitutio vincat ius accrescendi, & econtra, & an sint tanquam excedentia, & excessa. In qua inspectione in primis sciendum est, quod ius accrescendi nil aliud est, teste Ripa, in l. re coniuncti, ff. de leg. 3. quam ius accumulans portiones deficientium, vel non acceptātium, portionibus acceptantium, licèt huius rei multæ reperiantur, variéque distinctiones, vt colligitur ex Cagnolo in Rubr. C. quando non petent. part. vbi Moder. Bonon. num. 22. Quod ius accrescendi fuit introductum, ne testator decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus, l. ius nostrum, ff. de reg. iur. ita Odofred. Roman. & alij, in Rubr. & l. vnica, C. quando non petent. part.

16 Differt autem hoc ius accrescendi à substitutione in hoc, quia ius accrescendi non respicit personam sicuti substitutio, sed rem, idest portionem: nam si sumus duo hęredes instituti, & alter repudiauerit partem suam, aut quoquomodo non adierit, illa pars, non mihi, sed patri meæ accrescit. Secunda est differentia, quia substitutus non habet inuitus id q̄ ex substitutione sibi prouenit, secùs illi cui addit ius accrescendi, illud .n. accrescit cohæredi etiam inuito. His sic stantibus, reuertor nunc

17 ad propositam quæstionem, in qua dico communem esse opinionem, substitutionem semper excludere ius accrescendi, quam tenent DD. in l. si. C. de hæred. instit. Bart. & alij, in l. re coniuncti, ff. de leg. 3. Decius in l. in testamento, C. de impub. & alijs substit. de communi testatur Cagnolus in d. l. vnica, nu. 51. Quæ opinio

Primo probatur ex l. pen. ff. de iniusto rupto, vbi quidā facto testō duos instituit heredes, & posthumū ab hoc primo gradu exheredauit, deinde substituit vni ex hæredibus Titium, alteri Sempronium, & in substitutione nihil dixit de posthumo: modo, defuncto testatore, ac vno ex hæredibus, natus est posthumus; dicit ille text. quod in locum illius hæredis mortui, non cohæres, sed substitutus admittitur, à quo cum non sit posthumus exhæredatus, rumpitur testamentum. Ecce ergo substitutum cohæredi præferri, cui competit ius accrescendi, ergo substitutio potentior est illo iure.

Secundo probatur, ex l. 2. §. si duo, ff. de bon. possess. secundum tab. vbi dicitur, si duo instituti sunt, primus & secundus, & secundo fit substitutus tertius, si secundus repudiat, succedit tertius iure substitutionis, & si tertius omittat, succedit primus cohęres iure accrescendi, ergo substitutus pręfertur tanquam habens potentius ius, quàm cohęres ex iure accrescendi.

Tertio & vltimo alijs consultò omissis, deducitur text. in l. fin. ff. de hæred. instit. & ibi notat Ias. vbi expresśè probatur hęc conclusio.

18 Sed difficultas est in inuestiganda ratione huius rei, & ratio cōis esse videtur: quia substitutus, ex ipsius testatoris expresso indicio venit, ius autem accrescendi venit ex tacito indicio, vndè non est mirum si substitutio uincat illud, cum expressum faciat cessare tacitum, l. cum ex filio, §. filio, ff. de vulg. & pupill. subst. l. fin. C. de pact.

At hæc ratio confundi videtur ex d. l. fin. cum ibi notatis, per Ias. in 6. notab. vbi per illa verba, Sempronii Ploci heres esto, inducitur substitutio tacita, quæ tamen excludit ius accrescendi, & ideo à multis improbatur hæc ratio.

Sed omissa Cagnoli responsione, de qua in d. l. vnica, nu. 53. dico, quod in d. l. fin. si rectè ea perpendatur, dicitur expressa substitutio, quamuis aliqua verba subaudiri debeant, sicuti est in l. j. §. si autem, ff. de hæred. instit. vbi dicitur expressa substitutio, quamuis verba subaudiantur.

19 Secunda igitur fuit ratio Politi in tract. Substitut. num. 34. in 3. effectu, dicentis, rationem esse: quia ius accrescendi est quoddam remedium subsidiarium, quod cęteris deficiētibus alteri competit, argumento l. in rem, ff. mand. esse autem subsidiarium remedium tenuit Decius in dicta l. in testamento.

Sed cōtra ipsam insurgit Cagnol. Mod. Bonon. & alij, nam hæc non tollit difficultatem, quia ideo appellatur remedium subsidiarium, quia apparet per leges, quod vltimo loco datur. Item potest inficiari, quod sit subsidiarium remedium, quia vincit successorium edictum, vt per Deciū in cons. 181. col. 1. & in l. pactum quod dotale, secunda limitatione, C. de collat. Scribentes in d. l. vnica, C. quando non petent. part.

20 Tertia succedit ratio Ripæ in d. l. re coniuncti, & Decius in d. l. in testamento, qui dicunt, quod ideo substitutio vincit ius accrescendi, quia illud non competit nisi portio pęnitus deficiat, quod secùs in substitutione est, per quam non deficit in totum; sed etiam hęc pariter reprobatur, cum scire nos oporteat, quare nō dicatur deficere portio sub substitutione existente, sicuti deficit, quando est successorium edictum; vnde, prima melior ex relatis videtur.

21 Quarta & vltima potest esse differentiæ ratio, quia substitutio est principalis dispositio, de illa portione, ius verò accrescendi ex quadam inducitur dispositione, in consequentiam pro conseruatione vnionis, quam videtur fecisse testator pluries vocando illos simul, cum in omni substitutione, siue tacita, siue expressa, testator de illa portione speciale facit prouisionem, quę prouisio specialis non ita colligitur ex coniunctione vocationis in alijs partibus, sicuti admonent Mod. Bonon. quorum rationem nos quoque amplectimur.

Ampliatur tamen hæc Conclusio etiam habere locum in tacita substitutione, cum et ipsa excludat ius ipsum accrescendi, per l. fin. C. de hæred. instit. quæ secundum communem intellectum loquitur in tacita, ita ampliant Cagnol. Ripa, Ias. & alij, in locis supra deductis.

Limitatur modo hęc conclusio non procedere, quando est idem institutus: quia tunc præualet ius accrescendi, d. l. in testamēto, C. de impub. & alijs subst. & ratio est, quia tunc substitutio fit ad augendū ius accrescendi, & ideo non minuit: & rō rationis est, quia si non esset ius accrescendi, posset deueniri ad absurdum, q̄ decederet testator pro parte testatus, & pro parte intestatus, multis etiam modis

limitatur dicta conclusio de quibus latè per Ias. & alios Moder, in d.l. re coniuncti, de leg. 3. & per Polit.in loco prenominato.

23 Accipio nunc glos.in verbo, expressit, quæ diuiditur in duas partes, in prima opponit, in secunda soluit. Pro absolutione primæ partis dicitur in textu, quod si qui sint instituti, & inuicem substituti, nulla mētione partium in substitutione facta, easdem habebunt in substitutione, quas in institutione habuerunt, glos. contra hoc opponit de l.quoties, ff.ad Trebell. & de l.nonnunquam, ff.eod. in l.quoties disponitur, quod quatuor fuerunt hæredes instituti in disparibus partibus, Titium, Sempronium, Caium, & Meuium, & rogauit Titium & Sempronium, vt hereditatem vel partem quam habuerunt, Caio, & Meuio restituerent; querebatur, an substituti, in viriles partes vocarentur, an verò secundum portiones habitas in institutione? dicit text. quod vocantur secundum hæreditarias portiones, sed si ponamus quod dicti Caius, & Meuius substituti fuerint damnati dare certam pecuniæ quantitatem pro ea portione, nunquid eo casu secundum portiones hereditarias vocabuntur: distinguit ibi I. C. aut fuerunt damnati equaliter, aut dispariter. Primo casu equaliter vocabuntur, secundo vocabuntur secundum portiones hereditarias, ergo contra text. nostrum. In l.nonnunquam, talis est facti species; Quidam testamentum condidit, & in eo Titium & Caium ex disparibus partibus hæredes instituit, postmodum dixit Titium, & Caium prædictum inuicem substituo, & sic expressit propria nomina, inquit ibi text. quod licèt sint ex disparibus partibus hæredes instituti, tamē in substitutione equaliter vocantur, ergo cōtra text. nostrum, dicentem, quod si nullam fecerit partium mentionem, tunc vocantur secundum partes quas in institutione habuerunt.

Accommodat Accurs. resolutionem ad vtrãque legem, & sic sum in vltima parte gl. dicens text. decisionem procedere, quando testator in substitutione non expressit propria nomina, sed dixit tantum, eos substituo, vel hæredes meos, facio aut similia verba; & hæc solutio respicit l.nonnunquā. Nam ad l.quoties, respondet, quod procedit, quando testator propria nomina expressit, & tunc verum est quod licèt ex disparib. partibus sint instituti, & in substitutione nullam partium ipse testator mentionem habuerit, tamen vocantur viriliter; at text. noster procedit, quando nō est facta expressio propriorum nominum; vnde text. ille non vrget.

24 Ex qua glos. colligitur hæc conclusio, partes in institutione adiectas censeri in substitutione simpliciter facta repetitas; à qua Conclusione nullus ex ijs quos viderim recedere ausus est; & huius decisionis ratio est præsumpta testatoris mens, vnde, ex interpretatione declaratiua hoc euenit, vt dixit Bart.in l.1.C.de impub.& alijs subst. credidit enim lex testatorem non magis, vel aliter diligere hæredem in institutione, quàm quod fecerit in institutione, vt tradunt DD.in d.l.1. C.de impub. & alijs subst. Aliam tamen rationem assignauit Bald. eodem loco, dicens, quod relatio debet proportionaliter fieri, vnde, cum in substitutione quodammodo se referat ad institutionem, debet secundum eius proportionem fieri relatio.

25 Limitatur hæc communis Conclusio duobus modis per Accurs. hic, Primò, vt non procedat in nominibus proprijs, nam tunc licèt ex disparibus partibus sint instituti, tamen equales partes habebunt, quia talis præsumitur esse testatoris mens, in textu autem nostro fuit facta expressio per appellatiua nomina, dixit enim hæredes meos substituo, vel eos quos institui; & ideo vocantur secundum portiones hereditarias. Sed certè dura videtur hec limitatio nisi ratio differentiæ assignetur. Elaborandum igitur est in ea deducenda.

Bart. itaq; primo loco in l.si communis seruus, ff.de stipul.seru. uolēs assignare rationem dicebat, quod verba appellatiua dicuntur esse verba communia omnibus hæredibus, nam illa dicuntur nomina appellatiua, quæ rem multis communem dicunt, vt frater, filius, hæres, pater, & similia. Si quia igitur dicat hæredes meos, vel fratres substituo, ista nomina sunt omnibus heredibus communia, ergo censentur cōmuniter esse vocati, secundum quod communis est inter eos hereditas. Vult dicere Bar. quod quando testator substituit per verba appellatiua, quæ sunt cōmunia videtur habere respectum ad communitatem hereditatis quę est inter ipsos, vndè, secundum quod hereditas est communis inter eos, censentur vocati; si igitur erit communis ex disparibus partibus, erunt etiam ex disparibus partibus in substitutione vocati; si pariter erunt instituti, pariter etiam vocabuntur, ratione prædicta. Si autem testator substituat exprimendo nomina propria, tunc quia nomina propria non sunt communia, sed vnicuique propriè, integrè, ac particulariter competunt, & rem particularem designāt, videtur potius testator respicere personas, quàm hereditatis cōmunionem inter illas; & quoniam quo ad personas attinet, pares sunt, ideo æqualiter vocantur, cum æqualiter, & communiter competant nomina propria vnicuique hæredum.

Sed contra hanc Bart. rationem mouentur DD. per communem Theoriam de qua in l. 1. C.de impub. & alijs subst. quam sequitur Cuman. in l.turpia, §.fin. ff.de leg. 1. Socin. in l.vtrum, §.quęsitum, ff.de reb.dub. in quib. locis aiunt, quod si quis dicat, substituo filios, & nepotes, illi æqualiter vocātur, licèt ex disparibus partibus fuerint instituti; at eundem modo sic: filiorum & nepotum nomen est appellatiuum, sed substituti per hæc nomina uocantur æqualiter, non secundum hæreditarias portiones, ergo malè loquutus est Bart.

Secundo communiter fatentur Scribentes in locis prędictis, quod si dixerit testator: instituo Titium filium Sempronij in quatuor uncias, est Titium filium Seij in sex, & Caium in duas, & si Caius non adierit, substituo in illius partem Titios; quod tunc illi Titij uocantur ex partibus hæreditarijs, non uiriliter; unde possumus ex hac doctrina ita argumentari; Nomen Titij est nomen proprium, quia propriam, & particularem rem designat, sed substituti per hoc nomē uocantur sm hereditarias partes, & non uiriliter, ergo male Bart. dum in nominib. proprijs differentiam constituit.

Istæ

Iſtæ tamen rationes non ſatis ſunt ſufficientes, & non tantum videntur impugnare dicta Barto. quam & ipſum Iuriſconſultum, quia concludunt, quod quando ſubſtitutio fit nomine appellatiuo, tunc æqualiter, & viriliter vocantur, & quando fit nomine proprio vocantur ſecundũ portiones hęreditarias, contra tex. in d. l. quoties, & in d. l. nonnunquam, ff. ad Treb. Sed eſto, quod impugnent Bart. ipſum, dico, quod iſti non ſatis aduertunt ad verba Bart. in d. l. ſi communis ſeruus, nam Bart. dicit, quod verba appellatiua ſeu nomina ſunt communia omnib. hæredibus, & ideo quando teſtator vtitur his nominibus, videtur reſpicere communitatem hæreditatis, quæ eſt inter ipſos, & ex ijs verbis Bar. colligitur, & ipſemet paulò inferius apertè declarat, quod ſi dentur nomina appellatiua, non cõmunia omnibus hæredibus, tunc non procederet id quod dicitur in textu noſtro: quia tunc viderentur vocari in virilem, cum eo in caſu non videatur teſtator habere reſpectum ad communionẽ, poſtquam non fecit ſubſtitutionem per nomen commune hęredibus, licèt appellatiuum; vndè, hoc nomen appellatiuum habet vim atque naturam nominis proprij, quo ad hoc, exemplum ponit Bart. in duobus diuerſorum filijs ſubſtitutis, nam ſi dixerit in ſubſtitutione teſtator, ſubſtituo filium Titij, & filium Sei, tunc quamuis nomen filij ambobus iſtis ſit commune, tamen eſſe filium Sei, non competit filio Titij, & è conuerſo: vndè, quamuis ſint ſubſtituti per nomen appellatiuum, licèt diſpariter instituti ſint, tamen quia non eſt illud nomen commune ambobus hæredibus, vocantur æqualiter. & viriliter. Similiter colligitur ex iſtis verbis Bart. quod ſi detur nomen proprium commune ambobus, vel omnibus hæredibus, & ſubſtitutio ſit facta per tale nomen proprium, illi vocantur ſecundum hæreditarias portiones, quia tunc teſtator videtur communionem conſideraſſe, cum illos inſtituerit communiter, licèt proprio nomine, nam eo in caſu, illud nomen licèt proprium, habet tñ naturam appellatiui.

Vndè, ex ijs patet reſponſio ad argum. & primò, quatenus dicebatur, ſi teſtator dicat filios & nepotes meos ſubſtituo, hęc ſubſtitutio dicitur facta per nomina appellatiua, et tamen iſti vocãtur in partes æquales, iuxta cõmunem doctrinam in loco pręallegato, et non ſecundũ partes hęreditarias, ergo malè Bart. & glo. Reſpondetur, quod etſi illa nomina ſint appellatiua, tamẽ quia non omnibus conueniunt, habent naturam & vim nominis proprij, cum non ſint cõmunia illis, ex quo nomen filij non ſit commune filijs nepotum, & nepotibus filij.

Secundo, non obſtat dum dicebatur nomẽ Titij eſt nomen propriũ, ſed ſubſtitutio facta per hoc nomen diuidit hæreditatem ſecundum portiones habitas in inſtitutione, & non viriliter & æqualiter, ergo. Reſponſio pendet ex iam ſupradictis.

Nec obſtat ſi quis diceret, Titios ſubſtituo, ergo malè Bart. nam reſpondeo, quod in caſu propoſito illud nomen licèt ſit proprium, habet tamen vim, & naturam appellatiui, cum ſit commune hæredibus, & coniunctim ſit à teſtatore prolatum.

Non tamen (quamuis hucuſque fuerit hęc ratio Bart. defenſa, necnon vt plurimũ poſſit procedere;) illi ſtandum eſt, quia non tollit penitus difficultatem: nam datur aliquod nomen appellatiuum, & commune hæredibus, & tamen ſubſtituti per illud nomen vocantur æqualiter, non ſecundum hæreditarias partes, exemplum eſt, inſtituo duos fratres in diſparibus partibus, poſtea dico, ſubſtituo vnum fratrem meum, vel ſubſtituo fratres, vel fratrem meum; ecce, iſtud nomen appellatiuum eſt commune omnibus hæredibus; quia tantum iſte quantum ille eſt teſtatoris frater, & tamen ſuccedunt ex ſubſtitutione æqualiter, non obſtantibus diſparibus partib. ibi datis in inſtitutione, ratione iſtius copulæ, vt dixit vterque Raphael in locis præallegatis, quos ſequuti ſunt Ange. frater Baldi, & Imola in d. l. ſi ſeruus communis, de ſtipular. ſeruor. & Iaſ. & Socin. in locis pręmonitis; Patet igitur, quod ratio Barto. non eſt generalis ad omnem caſum, vt videtis, & ſic non poſſumus omnibus contrarijs ſecurè reſpondere.

26 Secunda igitur fuit ratio Baldi in d. l. 1. C. de impuber. & alijs ſubſtit. vbi quærens, quare in dicta l. nonnunquam partes diſpares in inſtitutione adiectæ non cenſentur repetitæ in ſubſtitutione, & dicit, quod ibi ſubſtitutio fuit facta per nomina propria diſcretiuè, vndè, perſonæ dinumerant portiones, hic verò per nomina appellatiua, tunc portiones dinumerant perſonas, vult dicere Bald. quod quando fit per nomina propria diſcretiuè, id eſt ſeparatiuè (quia vt plurimum ſeparatè fit, quando teſtator illis vtitur) tunc perſonæ dinumerant portiones, id eſt regulant, & determinant portiones ipſas, & tunc vocantur inæquales partes, quia non eſt maior ratio quare hęc perſona debeat alter. regulare, & determinare portiones, quàm altera; quando autem fit nominibus appellatiuis, tunc quia non fit regulariter ſeparatè, cum coniunctim illa nomina proferantur, vt hæredes, fratres meos ſubſtituo, portiones regulant perſonas, quia partes tantum videntur conſideratæ.

Hæc ratio Baldi licèt ſubtilis ſit, & vera, tamen non eſt finalis, cum adhuc relinquat animum dubitantem, adhuc enim quæri poteſt, quare quando fit per nomina propria, ſeparatè perſonæ dinumerant portiones, & quando fit per nomina appellatiua contrarium ſit ſtatutum? apparet ergo rationem hanc non eſſe finalem.

27 Raphael itaque Cuman. in d. l. turpia, adducit tertiam rationem, ex qua ratio Baldi declarari videtur, licèt de ea nullam faciat mentionem. Ait igitur Cumanus, quod vis non ſtat in nomine proprio, vel appellatiuo, ſed in modo ſubſtituendi: nam quandocumque teſtator ſubſtituit per nomina propria, quaſi ſemper ſit neceſſarium, vt apponatur copula (&) vel punctum eius loco, ſed natura copulæ eſt diſtribuere vim verbi inter perſonas copulatas, ergo quãdo fit per nomina propria; quia tunc vt plurimum fit cum copula, aut puncto diſcretiuè, diceret Bald. ſubſtituti cenſentur æqualiter, & in viriles partes vocari, maior probatur per cõmunem opin. DD. in cap. cum decorem, de vita & honeſt. cleric. & in d. l. 1. C. de impuber. & patet ex ſe. Minor probatur in l. duos reos, §. cum tabulis, ff. de duob. reis, & in l. ſi hęredes nominatim,

ff.de leg. 1. dicitur in d.l. duos reos, cum tabulis esset comprehensum illum, & illum centum aureos stipulatos esse, nec adiectum vt duo rei stipulandi essent, virilem in partem singuli stipulari videtur: Ecce ergo, quod ibi ille tex. loquitur per copulam (&) dicitque quod stipulati intelliguntur in partes ęquales; in d.l. hęredes, dicitur; si hæredes nominatim dare quid damnati sint, in virilem partem damnati censentur, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, vt exęquentur qui dare damnati sunt, certè si dicat testatur Titium Sempronium substituo, hęc est enumeratio personarum, sicuti, quando dicit Titium, & Sempronium substituo. Quando autem fit nomine appellatiuo, fit vniuersaliter (collectiuè, diceret Bald.) vnde tunc ratione communionis, quia ibi non est copula, aut coma, separatim intelliguntur vocati, quatenus illa hęreditas est inter eos communis, & sic pro hæreditarijs portionibus. Ex hac ratione communi declaratur ratio Bald. & redditur finalis, quia inquit Bald. quod in d.l. nonnunquam, ad Trebell. fuit facta substitutio per nomina propria discretiuè, idest cum copula vel pũcto separatè, vnde personæ dinumerãt portiones, & dixit discretiuè, quia potest fieri per nomina propria collectiuè, vt si dicat Testator, Titios substituo, secùs quando fit per nomina appellatiua, illo enim in casu vult dicere Bald. vt plurimum fit collectiuè, idest coniunctim sine copula s. seu sine puncto, vnde cum non sit ibi id quod ęqualiter distribuit, censentur vocati secundum portiones hæreditarias.

28 Ex qua ratione infert Cuman. quod si fieret substitutio per nomina propria, sine copula (&) vel sine puncto, vt quia esset aliquod nomen proprium commune ambobus hæredibus, vt si ambo Titij vocarentur, & testator diceret, Titios substituo, tunc licet essent per nomina propria substituti, vocarentur tamen in hęreditarias portiones, quia ex illa communitate censerentur vocati, quatenus illa hęreditas est inter eos communis, è conuerso si esset facta per nomen appellatiuum, sed cum copula, aut puncto, veluti substituo nepotes, & fratres meos, vel substituo fratrem, & fratrem meum, vel illum, & illum hæredem, tunc ratione illius copulæ discretiuè appositæ per testatorem censeretur, quod voluntas testatoris esset illos in ęquales partes vocare, ex quo non potuit communionem considerare.

29 Contra Cumani rationem monetur Dec. loco citato per text. nostrum generaliter loquentem, & non distinguentem de copula, vel de puncto, vnde generaliter debet intelligi, l. de precio, ff. de public. in rem act. & non debet ita restringi, vt si in eo esset facta substitutio cum copula, deberent vocari in viriles, quia nimis restringeretur, & contra ipsam videtur facere tex. in d.l. si hęredes, ff. de leg. 1. vbi I.C. se fundat in personarum enumeratione, non in copula vel puncto. ibi enim dicitur, quod enumeratio personarum habet hunc effectum, vt illi viriliter censeantur vocati. Videtis ergo quod vis tota inest in expressione nominis proprij, vel appellatiui, non in copula.

Tertio et vltimo contra hanc rationem Cumani insurgunt Goffred. in d.l. nonnunquam, nu. 8. vrgenti medio, in quantum dicit, quod si fiat per nomen appellatiuum, cum puncto, vocantur in viriles, & pro intelligentia debetis scire, quod dictio, quisquis, est dictio distributiua, Goffred. vbi supra, Alexand. Decius & alij, in d.l. fin. C. de impub. Aret. in l. si pater, ff. de vulga. & pupill. hoc stante ait Goffredus, quando testator loquitur distributiuè, per hoc verbum (quisquis mihi hæres erit) tunc hæredes cẽsentur enumerati, patet: quia si non censerentur enumerati, sed collecti, vel coniuncti, tunc haberent ipsi coniuncti dimidiam, & alius adiunctus solam dimidiam, tex. est in l. si pater filio, ff. eod. at fiũt de hæreditate tot partes quot sunt hæredes, & adiunctus ex ęquo vocatur, d.l. fi. ergo habentur pro enumeratis, ergo de necessitate est idẽ, ac si punctus vel copula interuenisset, cum connumeratio non possit sine aliquo istorum fieri, ergo secundũ doctrinam Cumani deberent ex ęquo vocari, hoc tamen est falsum, l. qui liberos, §. hæc verba, ff. eod. vbi expressè dicitur, quod vocantur secundum portiones hęreditarias, vnde malè Cuman. & Antiqui.

Hæ tamen rationes non obstant aduersus doctrinam propositam, & Primo ad text. nostrum respõdetur, quod vna lex per aliam declaratur, & restringitur, vnde cum habeamus text. in d.l. duos reos, & in d.l. si hæredes, dicentes copulam & punctum ęqualiter distribuere inter partes, patet, quod si fuisset in textu nostro facta substitutio per copulam ęqualiter vocati fuissent, quia tunc censeretur testator voluisse ex illa appositione æqualem inducere distributionem.

Secundo non obstat d.l. si hęredes, de leg. 1. quia ibi verum est, quod I.C. se fundat in personarum enumeratione, sed hoc est, quia illa fieri non potest sine copula, & puncto.

Tertio non obstat argumentum Goffred. nam maior propositio nõ est vera, videlicet, quod quando testator loquitur per verbum distributiuũ quisquis, censeantur connumerati per text. in d.l. qui liberis, §. hæc verba, ff. eod.

Nec obstat l. fin. C. de impub. quia ibi vocantur secundum portiones hęreditarias, & quia illi erant pares, vt ibi declarat gl. Alex. & Decius, ideo vnusquisque vocatur in triente, sed non viriliter, nisi per accidens; accidit enim quod partes datæ in institutione, essent pares, & ita illa dictio (quisquis) operatur enumerationem personarum, non virtute sui, sed institutionis pariter factæ ad quam se refert, & ab ea qualificatur. Intelligatis ergo, conclusionem nostram, quod partes in institutione datę in substitutione simpliciter repetitæ, censentur procedere, quando fit per nomina propria discretiuè, hoc est, separatę cum copula, vel puncto.

30 Secundo loco limitatur Conclusio gl. nostræ, vt non procedat, quandocunq; ex paritate oneris iniuncti, uel disparitate aliter colligeretur: quia tunc non secũdũ portiones hæreditarias vocati censentur, sed secundum proportionem oneris; exẽplum est, Titius, & Seius, & Caius dispariter instituti, & inuicem nulla mentione partium facta substituti fuerunt, & si aliquis eorum hæres non erit, testator

reliquos

reliquos duos damnauit dare centum, deinde vnus omiſit hęreditatem, vnde eius pars ad alios duos deuoluta eſt, certè, illi ad eam non ſecundum partes quas in inſtitutione habuerunt, ſed ęqualiter vocantur, ita dicit text. in l. quoties, ff. ad Trebellian.

31 Hæc limitatio multas patitur difficultates, ſed nos breuitati conſulentes vnam tantum ac potiſſimam adducimus; videtur itaque facere contra prædictam limitationem text. in l. ita liber, ff. de ſtatu liber. vbi aliquis fecerat teſtamentum & plures ex diſparibus partibus hæredes inſtituerat, & ſeruo ſuo libertatem ſi decem dediſſet hęredibus reliquerat, quærebatur, an omnibus hæredibus æqualiter vel pro portionibus hæreditarijs iſta decem dari deberent, dicitur ibi, quod ſi nomina hæredũ ſunt expreſſa æqualiter, ſi verò non, ex portionibus hæreditarijs dare debet. Ecce, ibi illi hæredes ſunt diſpariter inſtituti, & ſic in illo ſeruo habent diſpares portiones, & per conſequens, grauantur diſpariter in ſeruo liberando, quia vnus forſan in octo, alij in duabus partibus erant hæredes, & ita diuerſimodè, ſecundum ergo regulam deberent de illis decem ſecundum portionem admiſſam conſequi, & tamen ſi propria nomina ſunt expreſſa, habent æqualem portionem, ergo non eſt verum, quod attendatur æqualitas vel inęqualitas oneris iniuncti.

Hæc oppoſitio etſi videatur ſatis colorata, non tamen eſt ſufficiens: quia non eſt verum quod hæredes ibi ſint aliquo modo grauati, vt demonſtrabo; omnis enim virtus attribuitur primæ cauſæ, l. quod meo, ff. de acquir. poſſ. l. ſi vnum ex familia, ff. de leg. 2. in §. ſi de Falcidia: declarat Bald. in l. fin. C. quod cum eo. ſed certè prima cauſa, (imò nulla alia videtur eſſe) eſt teſtator; ille enim ſeruo dicit, ſi decem dederit libertis, ergo hæredes non dant ipſi libertatem, quia eſt iam à teſtatore data; quo fit vt ipſi non fuerint abſolutè domini illius ſerui, ergo non poterunt illud per libertatem amittere, cum priuatio pręſupponat habitum, l. decem, ff. de verb. oblig. l. manumiſſiones, ff. de iuſt. & iure. bene ergo procedit limitatio hæc vt non intelligantur partes repetitæ, ſed cenſeantur vocati ſecundum portionem oneris iniuncti, ſi grauati fuerint à teſtatore hæredes. ratio huius limitationis aſſignatur per Bald. in d. l. 1. C. de impub. quia ſcilicet ex cauſa diſtinguitur effectus & æqualitas oneris ęqualitatẽ ſubſtitutionis inducit tanquam cauſa finalis, ita dicit Bald. ibi, & nihil amplius, vnde vt intelligatis quid ſibi velit Bald. debetis animaduertere, quod quando teſtator grauat hæredes ſubſtitutos, tunc illa ſubſtitutio videtur facta vt ei ſoluat illam pecuniam, vnde onus, & grauamen dicitur eſſe finis, ſeu cauſa finalis quare teſtator illos ſubſtituerit. ſcitis enim quod finis regulat cauſam efficientem, l. 3. in fine, & l. 2. ff. de donat. Vlterius vnuſquiſque effectus eſt ſimilis ſuæ cauſę, l. in agris, ff. de acquir. rer. dom. Bald. in l. eius qui, §. ſi cui, num. 3. ff. de teſtam. vbi ait, quod cauſa finita non producit effectum infinitum. His cognitis facile eſt dictũ Bald. intelligere, nam ipſe dicit ex cauſa effectus diſtinguitur, quia illud onus dicitur cauſa finalis, & cum verum ſit quod cauſa producat effectum ſimilem, ſequetur quod ſubſtitutio, quæ eſt effectus, aſſimilabitur grauamini iniuncto, ex præſumpta voluntate teſtantis. His ſic explicatis,

32 Deuenio ad nonnullas Aretini quæſtiones; & prima eſt; ſi teſtator partẽ ſubſtitutorum proprijs nominib. expreſſit, et partem appellatiuis. Exempli cauſa, teſtator inſtituit quinque hęredes, Caiũ, Męuium, Sempronium, Titium, & Stichum. poſtmodum dixit, ſi Stichus non eſt hæres, tunc in eius partem ſubſtituo Titium, & Sempronium, & alios hęredes meos, quæritur quid iuris ſit. Et reſpondet Aret. et Bart. & Salic. quod nominati per nomen proprium habebunt viriles partes, & illi qui per appellatiuum hæreditarias, nam pars Stichi diuidetur in duas partes, & alteram habebunt Titius, & Sempronius, & alteram alij inſtituti; ſed Titius & Sempronius diuident illam partem inter ſe æqualiter, illi verò diuident ſuas portiones hæreditarias; vt notatur per DD. in l. teſtamento, ff. de fideicomm. hęred. & per Bart. in l. turpia, ff. de leg. 1. eſt pulcher tex. in l. ſi pater, ff. de vulg. & pupill. vbi dicitur, ſi pater filio impuberi eoſdem quos ſibi; & te propterea ſubſtituerit bonorum filij dimidiã te accipere oportet, aliam dimidiam alij ſubſtituti, quam ipſi diuidant inter ſe portionibus hæreditarijs, ita dixit Aret. cuius reſolutionem omnes certatim ſequuntur ſcribentes.

33 Secunda quęſtio eſt, quid iuris ſit ſi teſtator ſubſtituat aliquos exprimendo nomina propria, & appellatiua ſimul, veluti ſi dixerit Titium, & Sempronium hæredes meos ſubſtituo, vel inſtituo hæredes meos Titium, & Sempronium, & breuiter cõcludit, quod debet inſpici quod procedit, & ſi nomen propriũ procedat appellatiuum in hæreditarias. & ita ſe habet cõmunis opinio in d. l. 1. C. de impub.

Hęc tamen ſententia non tranſit ſine difficultate; ideo aliquantiſper immorabimur. fuerunt igitur hac in re varię DD. opiniones, & Dec. quem ſequitur Curt. iun. in d. l. 1. C. de impub. tenuerunt quod ſiue præcederet nomen proprium, ſiue non ſemper intelliguntur vocati ſecundum hęreditarias partes, & mouentur

Primo ex l. ſi plures, ff. eod. vbi dicitur, quod ſi plures inſtituti diſpariter ſint, & ſimpliciter ſubſtituti in eaſdem partes cenſentur vocati in quas vocati ſunt in inſtitutione, niſi alia forſan fuerit teſtãtis mens, quod vix credendum eſt, niſi euidenter fuerit expreſſum per d. l. ſi plures. ſed in caſu noſtro quando ponitur nomen propriũ, & appellatiuum non eſt euidenter expreſſum, ergo non debet vocari in viriles partes, ſed ſecundum hęreditarias.

34 Ego autem qui ſum inſequuturus opin. communem, reſpondeo, quod aliquid duob. modis dicitur expreſſum, verbis ſcilicet & mente, non enim minus dicitur expreſſum quod ex tacita mente colligitur, quàm quod ex verbis, ita DD. vbi etiam Bauer. in §. 1. ſupra de teſtam. eſt text. in l. nominis & rei, ff. de verb. ſign. vbi duobus modis lex loquitur mente, & verbis, ad idem eſt text. in tit. de legit. patr. tutel. nunc in propoſito licèt nõ ſit expreſſum verbis euidenter, eſt tamen expreſſum nomen proprium appellatiuũ, vt in d. l. ſi ſeruus.

Secundo tamẽ adducitur text. in l. ita liber. ff. de ſtatu liber. vbi ſeruus damnatus dare decem hæ-

redibus

redibus ita demum debet æqualiter dare si nomina dumtaxat eorum sint expressa, & quando testator dixerit, volo te dare Titio, & Sempronio, hique fuerint hæredes; si autem dixerit volo te dare hæredibus, secus erit, quia vocabuntur pro portionibus hæreditarijs, vnde sic ex eo textu argumentor; si standum est tunc hæredibus æqualiter, quando nomina propria dumtaxat sunt expressa, ergo quando non dumtaxat nomina propria, sed appellatiua, etiam expressa fuerint, non erit ipsis æqualiter dandum, & sic non vocabuntur in viriles, sed pro portionibus hæreditarijs.

Respondebat Vigl. dicens, quod in d. l. non deciditur casus quando vtraque nomina sunt iuncta, sed solum quando nomina propria, & quando nomina appellatiua sola, casus verò non stet quando vtrumque coniunctum est. casus ergo noster non deciditur ibi, vndè recurrendum est ad d. l. si communis seruus, vbi dicitur casus iste.

Vlterius possumus dicere accipiendo argumentum à contrario sensu, in ea. l. quod tunc dandum est æqualiter, quando nomina propria solum sunt expressa, ergo secus si non solum.

Sed istæ responsiones possunt euitari. Et primo dum dicitur, quod ibi non deciditur casus, quando vtrumque nomen est coniunctum; aduertendum est, quod quando non decidatur directè, & per se principaliter, tunc a cõtrario sensu benè deciditur, inducendo illum text. vt supra.

Secundo, nõ obstat etiam dum dicebatur, quod etiam possumus arguere à contrario sensu. Respondeo enim, istud non esse verũ, quia illa dictio dumtaxat, non est apposita nisi nominibus proprijs, & non appellatiuis, vnde non potest argumentari sicuti in proprijs.

Tertio igitur respõdendum existimo, quod non est verum quo attinet ad dispositionem, quod vtrumque sit expressum, quia cum proprium sit præpositum ipsum solum expressum dicitur, appellatiuum verò si est expressum, non est expressum quo attinet ad dispositionem, sed demonstrationis causa, vt inquit d. l. si seruus.

Tertio tamen allegatur text. pro opin. contra commun. in l. nonnunquam, ff. ad Trebell. vbi dicitur, quod si non sub appellatione hæredum, sed proprijs nominibus expressis facta sit substitutio censentur vocati in æquales partes, vnde sic argumentor; tunc fiunt æquales partes, quando non sub appellatione hæredum est facta substitutio, sed quando est facta per nomen proprium, ergo non possunt isti in ęquales partes esse substituti.

Respond. quod quando fit nomine proprio, & appellatiuo expresso, non sub appellatione hæredum, si nomen proprium pręponatur, tunc solum proprium quo ad dispositionem attinet expressum dicitur, appellatiuum verò dicitur appositum demonstrandi causa.

35 Quarto & vltimo pro eadem opin. facit talis ratio; hic duæ sunt præsumptiones, vna quod testator non aliter hæredem in substitutione diligat, quàm in institutione dilexerit, quæ elicitur ex partibus in institutione datis, & hæc suadet, quod illi pro partibus hæreditarijs vocentur. Altera est præsumptio, quæ elicitur ex antepositione nominis proprij nomini appellatiuo, & hæc suadet quod illi in ęquales partes vocentur, vna ergo oritur ex distributione partium in institutione facta, altera ea contrario illius quod prima suadebat; hoc stante arguo sic, quoties sumus in talibus quorũ vnum aliquid suadet, & innuit, alterum verò contrarium disponat, tunc semper debet attendi primum in ordine, quia præcedentia sunt maioris efficaciæ circa sequentia, quàm è conuerso. ista fuit doctrina Paul. Castr. in l. si seruus plurium, ff. de leg. 1. ita dixisse videntur DD. in l. 1. C. de impub. sed in casu nostro præsumptio accepta ex partibus hæreditarijs vnum suadet, illa autem quæ ex præsumptione nominis proprij accipitur suadet contrarium, ergo standũ est primæ, at prima est illa quæ ex partibus hæreditarijs accipitur, ergo illa tantum attendi debet, & per consequens vocabuntur secundum partes hæreditarias non inęquales.

Respondetur, quod hoc argumentum probat, quod quando nomina propria solum sunt expressa debet attendi illa prima præsumptio, & sic debebant in partes hæreditarias vocari, & ideo non est admittendum, cum contrarium tenuerint omnes etiam hanc partem sequentes.

36 Dico igitur pro solutione argumenti, quod verum est quod sumus in talibus, & quod attenditur primum secundum ordinem, sed illud procedit quando illa quæ contrarium suadent sunt ęqualis potentiæ, & virtutis, adeo quod si præpositio, & pręposteratio non esset, dubiũ esset cui foret adhęrendum, sed non sic est in casu nostro, quia præsumptio expressionis nominis proprij est vrgentior quàm sit illa quæ à partibus in institutione datis accipitur, & sic quicquid dicant nonnulli ex modernioribus, argumentum non tenet.

Contrariam itaque sentẽtiam amplexi sunt magis communiter scribentes, & ipsa nititur in l. si communis seruus, ff. de stipul. ser. dicitur. n. ibi, si communis seruus ita stipulatus est: Lucio Titio, & Sempronio dominis meis dare spondes? dubitatur an per viriles partes, an pro dominica portione eis esset dandum, dicit ibi text. quod tota vis est in hoc, vt inspiciamus quid eorum esset gratia demonstrationis adiectum, & quæ pars eius stipulationis principalem causam haberet, postea subdit, sed cũ ad nomina propria prius decursum esset rationabilius esse videtur, pro virili parte eis acquiri, et quod vocabulum dominorum pro demonstratione habeatur; Ecce ergo, quod habemus text. clarum, qui cauillari minimè potest dicentẽ, quod quando nomina propria præposita sunt, tunc fit distributio in partes viriles, & ita cum hac opinione pertranseo.

37 Tertia est quæstio per Aret. excitata, quod si testator instituerit, & substituerit aliquos, nunquid si non vocentur neque per proprium nomen neque per appellatiuum, sed per indifferens, vt si dicat fratres, vel filios, vel nepotes meos substituo, quid iuris sit; & aduertatis, quod licèt Aret. dicat quod ista sint nomina indifferentia, nõ est per hoc, quod ista non sint nomina appellatiua, sed vocantur indifferentia, quia non sunt propria, vt Sempronius, & Titius,

Titius, & non donant hęreditatem sicuti hæres, & successor, & similia cum possint aptari iam in nomine proprio, vt fratres meos, Titium, & Sempronium substituo, quàm cum appellatiuo denotante hęreditatem, vt si dixero fratres, vel nepotes meos hæredes facio; quid ergo si dicat quis, substituo fratres meos, nunquid dicentur vocati in viriles, an in hæreditarias partes? & respondet Aret. quod censentur vocati in partes hęreditarias, quia tale nomen ęquipollet appellatiuo denotante hęreditatē.

Sed quoniam antiquiores in contrariam profecti sunt sententiam, breuiter videndum est ounquid sit verum, & quod ipsi vocentur in viriles, mouentur

38 Primo per tex. in l. 2. ff. de liber. & posth. vbi dicitur nominatim exheredatus filius, ita videtur filius exheres esto; si modo vnicus sit filius, ad idem est tex. in §. nominatim, supra de exhered. liber. vnde arguo sic; filius est exheredatus ibi per nomē indifferens, & est ac si proprio nomine expresse exheredatus esset; quo stante dico nomen indifferens ęquipollet nomini proprio, d. l. 2. at in casu nostro, & supra proposito, substitutio est facta per nomina indifferentia, ergo perinde est ac si proprijs nominibus effecta esset, & per consequens vocabuntur in viriles, non in hęreditarias.

Sed huic argumento respondeo, quod nomen indifferens ęquipollet nomini proprio secundum quid non simpliciter, ęquipollet enim quo ad demonstrationem personę, quia ita demonstratur filius per illud nomen filij sicuti per proprium, vnde lex est certa de voluntate testatoris volentis illum exheredare, sic per nomen filij quando est vnius, sicuti per nomen proprium, & in hoc vt dixi ęquipollet nomen indifferens nomini proprio, sed quantum ad hunc effectum virilis portionis non ęquipollet, vt declarat Deci. in d. l. 1. C. de impub.

39 Secundo deducitur pro opin. antiquorum, l. nominatim, ff. de cond. & demonstr. dicitur ibi nominatim, alicui legatur Lucio Titio do lego, vel per demonstrationem corporis vel artificij, vel officij, vel necessitudinis, vel affinitatis, nihil interest, nam talis demonstratio plerumque vice nominis fungitur. Vnde sic arguo ex d. l. demōstratio facta per nomina appellatiua demonstrantia vel significantia necessitudinem vel affinitatem, fungitur vice nominis proprij, at in casu nostro est talis demonstratio, dicit enim fratres vel nepotes meos substituo, ergo erit ac si proprio nomine expresso essent substituti, & sic vocabuntur in ęquales, non in hęreditarias portiones.

Respond. quod talis demonstratio fungitur vice nominis proprij quo ad demonstrationem personę, non quo ad effectum virilis portionis, vel hęreditarię per supradicta.

Contrariam igitur opinionem tenuerunt communiter DD. pro quorum opin. vrget text. in l. Lucius, §. Męuia, il secundo, ff. ad Trebel. vbi talis erat casus, quidam testamentum fecerat, & tres filios suos hęredes ex disparibus partibus instituerat, postea vni eorum qui Titius vocabatur dixit, rogo te fili, si intra pubertatem decesseris, vt quicquid ad te ex hęreditate mea peruenit hoc fratribus tuis restituas, deinde mortuus est testator, & cum eo qui Titius vocabatur intra tempus pubertatis; quęrebatur, an fratres vocentur in viriles, vel in hęreditarias portiones, & dicitur ibi quod vocantur in hęreditarias, ergo licēt per nomen indifferens sint substituti, vocantur tamen in hęreditarias, non in ęquales.

Limitatur tamen hæc conclusio per Aret. hic, vt non procedat quando essent ab aliquo onere grauati, quia tunc attenderetur proportio illius oneris, quàm limitationē satis superius declarauimus.

Secundo limitatur ex Iason in d. l. 1. C. de impub. vt non procedat quando substituti essent tales qui sub vnica dictione & vnitate non comprehenderentur, adeo quod necesse foret inter illos apponere copulam, vel punctum, quia tunc ex qualitate copulæ æqualiter distribuentis, isti substituti per nomen indifferens non vocarentur in hæreditarias sed inæquales, exemplum est in ea qui instituit filios in sex vncias, fratres in quatuor, & nepos in duas, deinde dixit, si filij hæredes non erunt substituo fratres, & nepotes meos; certè tunc isti vocabuntur in ęquales ex vi copulæ æqualiter distribuentis, secundum ea quæ supra diximus, licēt per nomina indifferentia sint substituti.

Contra quam limitationem mouetur Deci. loco pręmonito dicens, quod ipsa non videtur bona, quia præsumptione accepta à diffinitione facta in hæreditate recedimus à præsumptione facta à copula.

40 Quarta & vltima est Aret. quæstio quid iuris sit si sunt plures nominati in substitutione, omnes per nomina propria & Titius separatim, exemplum est, testator instituit Titium Sempronium, & Męuium; deinde dixit, si Męuius hęres non erit tunc substituo Titium, & Sempronium hęredes meos, & Stichum, quomodo isti substituti debeant succedere; & inquit Aret. quod pars Męuij diuiditur in duas partes equales, & vnam habebūt illi simul nominatim, aliam solus Stichus, & illi per propria nomina nominatim diuident hęreditatis partem in duas partes equales, & vnusquisque vnam earum accipiet; allegat tex. in l. quod liberis, §. fi. cum l. sequenti, ff. eod. & ibi Doct.

Sed certè in d. l. quod liberis, in §. fin. & in l. sequenti, non videtur probari intentio Aret. sed melius probatur in l. si pater filio, ff. eod. vbi dicitur, si pater filio impuberi eosdē, quos & sibi, & te vnū pręterea substituit bonorum filij dimidium te accipere oportet, & aliud dimidiū alij substituti, quod ipsi diuident inter se pro partibus hęreditarijs. Sed nec iste etiam tex. probat, quia in eo non fuerunt illi nominati proprio nomine, sed appellatiuo, scilicet per relationem quis, & non diuidunt partes suas in viriles, sed in hęreditarias; vnde quicquid dixerit Aret. in specie proposita, credo quod illi nominati per nomina propria tantum habebunt quantum il le tertius. Et ad hoc dicendum moueor per l. fin. C. de impob. vbi quidam testamentum fecit, & in eo substituendo dixit; quisquis mihi erit hęres, & Titius hęres sit filio meo, & duos heredes instituerat. dicit ibi text. quod fiunt tres partes de illa hęreditate; & Doct. quęrentes rationem, aiunt hanc

esse,

esse, quia dictio quisquis, est ibi posita quæ est æqualiter distributiua, vt ipsi ibidem asserunt. at nos supra ostandimus illum tex. non probare, quia ibi vocantur in hæreditarias. dic ergo, quod habebunt partes æquales virtute copulæ, & enumerationis personarum. Subdit deinde Aret. quod in casu proposito si illi substituti non essent substituti per nomen proprium, sed per dictionem quisquis, tunc ipsi deberent diuidere partem secundum portiones hæreditarias, allegans d. l. fin. C. de impub. & licèt (vt audiuistis) secundum aliquos ille text. non probet, hoc tamen non admittitur, quoniam ibi dictio illa importat personarum enumerationem non in virtute sui, sed institutionis ibi factæ, vt dicit glos. & Deci. in d. l. 1. C. de impuber. & hoc sequitur Goffred. in l. nonnunquam, num. 8. ff. ad Trebell.

41 Vltimo quæritur quid si per relatiuum quis, sint substituti, vel si dicat quos hæredes institui substituo; & respōdet quod tantum importat relatiuum quia, quantum nomen appellatiuū, vnde vocantur pro hæreditarijs portionibus, vt dixerunt glos. & Bart. in l. fin. ff. de duob. reis. & est casus in l. si pater filio, ff. de vulg. & pupill. vbi si pater filio impuberi eosdem quos, & sibi, & te vitū præterea substituit, bonorum filij dimidium te accipere oportet, & aliud dimidium alij substituti, quod ipsi diuidens inter se pro hereditatijs portionibus. apparet ergo, quod ibi est facta substitutio per relatiuum quis, tamen censentur vocati in partes hæreditarias.

Animaduertendum tamen est, quod Bald. dicit illum text. non probare concludenter, quia potest esse quod illa verba, eosdē quos sibi &c. sint verba legis; potest enim esse quod testator expresserit in substitutione nomina appellatiua; & postmodum referens casum, sit vsus illo relatiuo.

Sed hæc Bald. opin. vt dicit etiam ibi Imol. est diuinatiua, nam dicere ꝙ testator expresserit nomina appellatiua & lex sit vsa in casu referendo relatiuo est diuinare; quia .n. reuelauit Baldo, quod ita euenerit; sed certè Bald. absolutè non sentit hoc, quoniam non dicit expressè quod illa sint verba legis, sed dicit quod poterant esse. Et hæc sunt quæ circa hunc text. dicenda nobis visa sunt.

REPERTORIVM AD §. SED & si instituo, De vulg. substit.



1 TEXTVS iste diuiditus in duas partes. in prima ponit dictum dubitabile. in secunda auctoritate illud decidit.

Summatur ex mente Plateæ & aliorum, substitutus substituto primo etiam instituto intelligitus substitutus, vel & secundo aliter dicaris, substitutus ei qui cohęredi suo substitutus est neutro adeunte, ad vtramque partem admittitur.

2 Facti species ita effingi potest; quidam condens testamentum instituit hæredem Seium, & Titium in primo gradu, & Seio substituit Titium, & deinde ipsemet Titio in primo gradu ac in secundo existenti substituit Caium in tertio, quærebatur apud Seuerum & Antoninum verum Caius tertio loco substitutus censeatur substitutus, & Seio, & Titio cum Seio Titius esset substitutus. Et pro ratione dubitandi videbatur dicendum quod non, sed tantum censeretur substitutus Titio, prout testator expressit per regulam quæ dictat voluntatem disponentis ad vnguem esse seruandam, l. in conditioni-
3 bus primum locum, ff. de cond. & demonstr. l. 2. C. de necessar. ser. hęr. instit. quę voluntas ex verbis colligitur, l. 1 abeo, vers. idē Tubero, ff. de supel. leg. & cum per verba testatoria sit tantum substitutus Caius Titio, non videtur quod Seio etiam sit substitutus.

Secundo dubium facit, quia clarum est, quod si ille secundo loco substitutus voluerit adire hæreditatem, tunc pars Sei repudiantis non ad Caium pertinebit, sed ad Titium, ergo nec etiam ad eum pertinebit Titio repudiante; argum. eorū quę notantur in regula, qui vna via, de reg. iur. in sexto.

Tertio & vltimo augetur, quia ad hoc vt Caius admittatur in parte Sei primi hęredis non adeuntis oportet quod eis esset substitutus aut vulgariter, aut aliquo modo, argum. supra. de vulg. l. 1. ff. eod. at iste Caius nullo modo est substitutus Seio, ergo ad eius partem minimè est admittendus.

Quibus minimè obstantibus contrarium de iure responderunt Diui Principes. & ratio decisionis in primis fuit, ne testator decederet pro parte testatus, & pro parte intestatus. Item potest esse alia ratio, quia quando Caius succedit Titio non dicitur succedere in parte Sei, nam illa pars Sei repudian-

tis non consideratur simpliciter de per se, sed ipso iure acquisita est Titio cohęredi, argum. l. 1. ff. de vulg. & pupill. & supra in princ. huius tit. cui Titio est Caius substitutus; & sic dicitur eum succedere non Seio, sed Titio.

Qua ratione decisionis deducta non obstant in contrarium allegata, &

Ad primum respōdetur, vt statim fecimus, quod ipse non succedit in portione primi hæredis tanquam ei substitutus, sed tanquam substitutus Titio cui illa portio erat acquisita, & hoc modo tollitur secunda & tertia dubitandi ratio.

Ex isto text. pauca adnotabimus.

Primo ex Aret. quod substitutus ei qui cohæredi suo substitutus est neutro adeunte ad vtramq; partem admittitur, vt hic concordat tex. in l. si Titius, & in l. cohæredi, ff. eod.

4 Secundo noto, quod substitutus admittitur in partem cohæredis, vt substitutus, & sic iure substitutionis, non autem iure accrescendi, sed quoniam hoc dictum est dubitabile, operępretium est hanc quæstionem altius repetere.

Cōclusio igitur sit, an substitutus iste ad vtramque admittatur portionem per ius accrescendi, an iure substitutionis; Ex qua inspectione maxima orietur vtilitas, vt infra dicemus.

Ponamus ergo, quod testator instituerit tres hæredes, & sic hęreditas diuisa sit in tres partes, deinde Titio substituerit Sempronium, & Sempronio Lucium quendam. Quo facto decesserunt Titius, & Sempronius, aut repudiarunt, & sic fuit locus substitutioni. Lucius itaque qui fuit Sempronio substitutus accipiet partem Sempronij iure substitutionis, & quia fuit Sempronius substitutus Titio cohæredi, accipere etiam poterit partem Titij tanquam substitutus, & tanquam cohæres iure accrescendi; modo si accipiat illam iure substitutionis, Mæuius tertius cohæres primorum institutorum excludetur ab ea parte, quia substitutio vincit ius accrescendi, vt superius vidimus. Si autem accipiat illam iure accrescendi, quia tunc tale ius accrescit portionibus, et non personę, vt dictum est supra, & sic accrescit Mæuio tertio hęredi habenti suam portionem, sicuti Lucio habenti Sempronij partem,

Veniamus igitur ad articuli discussionē, in quo Dyn. Bart. & Nico. de Neap. in d. l. si Titius, tenuere quod partem accipiat ex substitutione, & partem per ius accrescendi, quorum opinionem sequitur Faber hic, & Ias. in addit. ad Port. & Polit. in tract. substit. in sexta particula vulgaris substitutionis, num. 15. & 16. & mouentur

5 Primo per text. in l. si ex pluribus, ff. de suis & legit. vbi dicitur si ex pluribus hæredibus institutis aliqui adierint, aliqui non, portiones non adeuntium ad alios pertinent, & si decesserint isti antequam acceperint portiones vacantes, hoc ius competit ipsorū hæredibus, aliud est subdit text. in substitutis, quia ius substitutionis non trāsmittitur ad hæredes, nā si substitutus viuus sit, potest hæreditatē primo instituto non adeunte accipere, ergo ex eo text. colligitur quod substitutio non transmittitur ad hęredes; ius autem accrescendi sic; modo in casu nostro sunt tres personæ, Titius, & Sempronius cohęredes, & Sempronio Titius substitutus est, postmodum ipsi Sempronio est Lucius substitutus. Et aduertendum est, quod Sempronius respectu Titij habet duplex ius in eius parte, videlicet ius accrescendi tanquam cohæres, & ius substitutionis tanquam substitutus. Lucius autem respectu Sempronij non habet nisi ius substitutionis, cum ei tantum sit substitutus. Modo Titius moritur, aut repudiat; vnde eius pars ad Sempronium spectat duplici capite, & substitutione, & ex iure accrescendi; deinde moritur Sempronius neque suam neque Titij partem accepit, vnde pars Sempronij spectat ad Lucium ei substitutum iure substitutionis; & pars Titij quæ spectabat ad Semproniū similiter ei peruenit, quia cum sit hæres Sempronij succedit in eius locum. oportet ergo ꝙ accipiat aut per substitutionem aut per ius accrescendi, quia has vias habet Sempronius, sed ex substitutione non potuit, quia illud non potuit Sempronius transmittere ad hæredem, ergo à sufficienti partium enumeratione illam accipiet iura accrescendi, & sic habet partem Sempronij, quia est ei substitutus ex substitutione, & partem Titij per ius accrescendi, accrescit enim portio quæ fuit Sempronij, vel erat futura.

Ego verò qui sum insequuturus opinionem contrariam contra Politum, & alios. Respondeo verum esse substitutionem ad hæredes non transmitti. tamen aduertendum est, quod iste tertius nō admittitur ad partem primi hæredis ex substitutione à Sempronio ad eum transmissa, nam illa trāsmitti minimè potuit, sed admittitur ex substitutione in se formata, quia deficiente Sempronio censetur ipse Titio etiam substitutus, vt declarant Doct. in d. l. si Titius, & text. ibi apertè dicit quod ad vtramq; partem admittitur substitutus.

Sed contra hanc responsionem mouetur Polit. loco citato nu. 15. dicens, quod iste tertius non est substitutus primo, testator enim illum secundo nō primo substituit. Nec obstat text. in l. si Titius, ff. eod. & tex. noster hic, quia non valet consequentia, est ad vtrāque partem substitutus, ergo. sed ipse Politus aliter non probat non valere consequentiam, sed subtiliter intuendo coloratè potest probari non valere consequentiam: quia ille tertius accipiet partem secundi ex substitutione, fuit enim substitutus secundo, deinde quia iam habuit portionē secundi habet iure accrescendi portionem primi, ergo vt videtis prima causa quare ille habeat portionem primi, est substitutio, & ob hoc ille text. dicit, ꝙ est ad vtramque partē substitutus, non quod vtramque consequatur per substitutionem immediatè, sed quia substitutio fuit causa, quod ille per ius accrescendi haberet portionem primi, & quod omnis virtus attribuitur primæ causæ; & ideo ille text. in d. l. Titius, vsus est illis verbis.

6 Confirmatur, quia ius accrescendi est quædam tacita substitutio, vt declarauit Alex. in d. l. Titius, ergo quando text. ille ait, quod est ad vtramq; partem substitutus, per hoc non negat quod vnam habeat per ius accrescendi, quia est tacita substitutio.

Sed prædictæ solutiones non sunt satis validæ, & pro illarum dissolutione aduertendum est, quod ille tex. dicit verius videtur Sēpronium ad vtramq; partem

partem substitutum esse, sed vna determinatio respiciens plura determinabilia debet pariformiter determinare. l.iam hoc iure, ff.de vulg. & pupill. ergo ad vtramque ex expressa & immediata substitutione erit vocatus, non ex tacita iure accrescendi, & mediatè per substitutionem ad partem Titij, & in casu isto substitutio dicitur expressa ex præsumpta voluntate testantis.

7 Secundo tamen deducitur pro hac eadem opin. text.in l.qui habebat, ff.de vulg. & pup.vbi talis erat casus; aliquis habens filium, & filiam impuberes fecit testamentum, & instituit filium hæredem, & filiam exhæredauit, postea dixit, si filius meus hæres mihi non erit, quia moriatur in pupillari ętate substituo filiam meam quam exhęredaui, & si ipsa filia mea moriatur antequam nubat, idest antequam xij. annum expleat, tunc substituo matrem, & sororẽ meam; mortuus est testator, & post eum decessit filia pubes, ac etiam deinde mortuus est filius impubes, dicitur ibi quod mater, & soror non possunt ad hæreditatem filij primo loco instituti, ex substitutione admitti, ergo probat ille text. quod tertius secundo substitutus nõ vocatur ad bonã primi instituti iure substitutionis, ergo in casu nostro ille tertio loco substitutus non venit ad partem primi ex substitutione, sed per ius accrescendi.

Respondetur quod ibi illa soror, & mater fuerunt substitutæ filiæ, si illa ante xij. annum moreretur, & ipsa mortua est pubes, ergo illę substitutæ sub conditione, quæ deficit, nihil petere possunt, conditio nihil potuit ponere in esse, l.cedere diem, ff.de verb.sig.patet igitur, quod illę nõ fuerunt substitutæ, & ideo non poterunt substitutione filij hæreditatem accipere, secus est in casu nostro, vbi tertius fuit substitutus secũdo sine aliqua conditione, & ex illa substitutione censet primo ẽ substitutus.

Tertio & vltimo argumentatur ex Pollio, quia si ille tertius succederet primo etiam iure substitutionis; & tunc I.C. in l. Titius, ff.eod. dixisset istud, videlicèt, ꝙ vtriq; admittitur, at I.C. ibi cautissimè est loquutus dicẽs, ad vtramq; admittitur, ergo dat intelligi ꝙ non vtriq; succedit iure substitutionis.

Respond. quod idem est dicere ad vtramq; partem vel vtriq;, cui eis virtualiter fuerit substitutus, vt supra diximus; & mox dicemus.

8 Contrariam igitur opinionem communiter tenent Doct. quã sequitur Bart. in l.cohęredi, in prin. & in l.qui habebat, ff. eod. vbi Alex. & Ang. & de communi testatur Oxer. hic, num. 3. quorum opinionem verissimam puto, & pro hac.

Facit primo tex. in d.l.si Titius, ff eo. vbi dicitur, si Titius cohęredi suo substitutus fuerit, deinde ei Sempronius verius puto vtramque partem Sempronium substitutũ esse; vnde arguo sic, ex eo substitutus nõ capit nisi iure substitutionis, sed iste tertius ad vtramq; partem est substitutus, ergo vtrãq; partem iure substitutionis accipiet, non autẽ vnam iure substitutionis, & aliam iure accrescendi.

9 Secundo mouetur Vigli. si substitutus iste caperet partem primi instituti iure accrescendi, tunc sequeretur ꝙ tex. noster non esset de casu dubitabili, cõsequens est impossibile, vt dixerunt DD. in l. vnica, C. quando non peten. par. Dec. in c.1. de iudic. est tex. in l. Labeo, ff. de Carbo. edic. ergo & antecedens, consequentia probatur, quia quis non potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus nisi miles; l.ius nostrum, de reg. iu. & hoc ante Principum constitutiones fuit clarũ per mille iura, ergo necesse erat ꝙ si non caperet iure substitutionis, quod caperet iure accrescendi, ne pro parte testatus ille videretur. quid igitur opus fuerat cõstitutionib. Principũ? & ꝙ dubium haberet tex. noster? nisi dicamus, illos intellexisse ꝙ ille qui per substitutionẽ vocatur ad vtrãq; partẽ iure substitutionis vocetur.

10 Tertio substitutio pupillaris expressa ex pręsumpta volũtate in se vulgarem tacitam continet, vt s. diximus in Rubr. huius tit. vnde ille qui filio hęres datur pręsumitur à testatore electus sibi etiam, si filius non fuerit hęres. sic in proposito à simili dicamus, ꝙ ille qui secundo loco est substitutus eo deficiente, & primo substitutus intelligitur, declaro tẽ exemplo. ponamus ꝙ testator dicat, instituo filium meum impuberem, & si moriatur in pupillari ætate substituo ei Titium, certè in hoc casu non est nisi pupillaris substitutio expressa, vnde si filius hæres non esset non est prouisum de hęrede testatori, sed tamen in hoc casu dicit tex. in l. iã hoc iure, ff. eod. quod vulgaris tacita cõpręhenditur in ista pupillari expressa, vnde si filius hæres non fit, ille qui fuit

11 substitutus filio, censetur etiam patri substitutus, quia lex credit ex eo ꝙ videt patrem ipsum in filij hęreditate omnib. anteponere, ꝙ etiam in sua anteponat omnibus, filio excepto, quo mortuo, vel non adeunte ille est patri substitutus. Sic in proposito, lex videtur ꝙ in parte Sẽpronij magis dilexit ipsum Lucium, quã alium, ergo si Sempronius non fit hæres Titio, vt quia non adeat, credit lex, ꝙ testator voluerit etiã Titio Lucium substitutum esse, ergo à simili ita dicendũ in casu proposito. sicuti se habet substitutus pupillariter filio ad patrem, si filius hæres non sit, ita tertius substitutus ad primum institutum, si secundus hęres non fuerit; sed sic est quod ille censetur esse substitutus seu hæres per se patri, filius non sit hæres, sic iste tertius erit quoque substitutus etiam primo ex sua persona.

Quarto & vltimo moueor per tex. in d.l.qui habebat per locũ à speciali, quia ibi speciale est, quod tertius non admittatur ex substitutione, ratione de qua ibi per DD. & quàm declarauimus in responsione ad illum tex. ergo in contrarium erit ius commune, l.ius singulare, ff. de leg. cum similibus. Et ex his firma remanet opinio communis.

12 Accipio glos. in verb. sine distinctione, quàm diuido in duas partes ex mente aliorum, sed vt melius intelligamus (omissa istorum diuisione) ego eam esse distinguendam puto in quinq; capita, seu partes. In prima exponit tex. in secunda reprobat ex mente quorundam d. expositionem. in tertia illam saluare nititur à prędicta oppositione. in quarta alio modo eã reprobat Accurs. in Quinta & vltima distinguendo ait, an, & quõ substitutio de qua in tex. nostro admittat, singulę partes de per se satis patẽt.

Pro absolutione primæ partis, quæro quid sibi velit Imperator dũ dicit ad vtramq; partem substitutum sine distinctione admitti debere respond. per glos. quod non distinguitur an fuerit vulgaris,

an

an pupillaris substitutio, & similiter non distinguitur, an substitutio fuerit facta prius quàm institutio vel econtra, vult dicere glos. quod potest esse ipsa substitutio duplex, s. vulgaris, & pupillaris; nam si ille substitutus fuisset impubes, poterunt ei substitui vulgariter, & pupillariter: nam dicit glos. aut fuerit vulgariter, aut pupillariter tertius secundo substitutus, habet nihilominus vtramque partem. Vlterius potest esse, quod institutio sit prius facta, quàm substitutio ista tertij, vel secūdi, sicuti regulariter euenit. exemplum est. Testator faciens testamentum, dixit, si Sempronius hæres non erit substituo Męuium, deinde dixit, instituo Titium, & Sempronium, & si Titius hæres non erit substituo Sempronium. Ecce ergo hic est substitutio facta ante institutionem, modo ponamus quod hoc pacto facta sit, quid iuris? Respondet Accurs. quod non distinguitur an fuerit facta prius, aut postea; nihil enim refert, quia semper habet vtramque partem.

Sum in secunda parte in qua glos. de mente quorundam arguit contra hanc expositionem dicens, sed hanc reprobāt quidam, quia imò ibi debet esse ordo, vt primo institutio præcedat, deinde subsequatur substitutio, quid vult dicere gloss.? dixerat superius, quod nihil intererat an esset illa substitutio vulgaris, an pupillaris, & an esset facta prius quàm institutio, vel post. contra dicebant quidam, nam si esset pupillaris, oporteret quod institutio illam pręcederet, l. 2. §. prius, ff. eodem. prius autem quis debet sibi hæredem scribere, & postea substituere filio impuberi: vnde si illa esset pupillaris, oporteret quod institutio illam præcederet, l. 2. §. prius, ff. eod. vbi dicitur, prius autem quis debet sibi hæredem scribere, & postea substituere filio impuberi, vnde si illa esset pupillaris, iā vides quod oporteret distinguere, ergo male ait Accursius.

Sum in tertia parte in qua glos. vult saluare d. expositionem ab hac impugnatione, & ait, aduerte, quod ille §. prius, corrigitur per §. sequentem. Nam in eo dicitur quod nihil refert an prius fuerit facta substitutio, quàm institutio, vel econtra, vnde non est verum quod de necessitate in pupillari substitutione debeat esse ordo, & sic remanet expositio defensata à dicta impugnatione.

Sum in quarta parte in qua glos. reprobat expositionem illam alijs modis, & vt rem totam melius intelligaris, sciendū est, quod illa expositio habet duas partes. Prima, quod non sit distinctio, an præcedat institutio vel econuerso. Secunda, quod non interest, an sit vulgaris an pupillaris substitutio; modo glos. vult vtramque partem impugnare, & hoc duobus modis agit, quorum primuss respicit tantum primam partem, secundus ambas. Ait itaque Accurs. sed ego reprobo hanc s. expositionem, licèt hucusque illam defenderim, quia intentio huius literę non est hæc. Non enim intendit Imperator dicere quod non debeat fieri distinctio, sed intentio illius est dicere, & demonstrare, quod si accidit in facto, idest quod illi Imperatores dum ab ipsis peteretur, non distinxerunt, sed dixerunt absolutè substitutum ad vtramque partem admitti debere, sed tamen quamuis ipsi non distinxerūt, dicit gloss. est tamen distinguēdum à nobis, adducit text. in l. non alias, in fi. ff. de iud. & text. in l. Imperator, ff. de postul. in prima talis est casus; Quidam legatus in loco legationis possidebat rem, quam ante legationem emerat à non domino, verus dominus volebat agere aduersus illum, quærebatur, an esset danda aduersus legatum actio, & Cassius distinguebat, an impediretur officium legationis, & tunc dari non deberet, aut non impediretur, & tunc esset concedenda; sed Iulianus inquit tex. rescripsit sine distinctione dandam esse. gl. ibi dicit, quod quamuis non distinguatur eo modo quo Cassius dicebat, debet tamen distingui, aliàs, vt ibi per eum. In l. Imperator dicitur, quod is cui aduocatio per quinquennium est prohibita, vel interdicta, & is qui ex illa damnatus est post quinquennium potest pro omnibus postulare sine distinctione. Glos. tamen dicit ibi, quod est distinguendum an fuerit graue, an leue crimen. Ecce ergo, ꝙ licèt ille tex. dixerit sine distinctione, tamen per nos distinguendum fuit. ita in casu nostro arguendo à simili. subdit deinde Accus. Item ex alio non procedit expositio superior, & sic hæc impugnatio respicit primam partem tantum illius expositionis, in qua dictum fuerat, quod non distinguitur an fuerit illa substitutio vulgaris an pupillaris, ergo in textu nostro poterat ille tertius pupillariter esse substitutus secundum eam, & tamen hoc est falsum; quia in textu isto, nec in toto titulo tractatur de pupillari, sed de vulgari tantum, vt patet ex titulorum serie, cum de ea factus sit separatus tractatus.

Sum modo in quinta & vltima parte, in qua glos. per quandam distinctionem declarat, an & quando substitutus, de quo in tex. nostro, admittatur; & constituit quattuor membra, aut enim primus institutus adiuit, & secūdus non, aut vterque, aut nullus, aut cohæres tantum. Primo casu in partem repelletur tertius, scilicet in partem in quam primus Titius adiuit. Secundo repellitur in totum. Tertio admittitur ad vtramque. Quarto ad nullam. Ad hanc suam distinctionem probandam allegat glos. l. post aditam, C. de impub. & al. subst. & l. qui habebat, ff. eod. in l. post aditam, probatur primum, secundum, & tertium membrum distinctionis, quartum probant per d. l. qui habebat, declaro, & induco.

Primum membrum est, quando Titius primus institutus solus adiuit hæreditatem, Sempronius autem qui erat cohęres substitutus nō adiuit; tunc dicit glos. in partem quam Titius adiuit repellitur tertius, & admittitur in eam quam non adiuit Sempronius, adducit d. l. post aditā, vbi dicitur, quod post aditam hæreditatem substitutio vulgaris expirat, sed in casu nostro Titius hæreditatem adiuit, ergo quo ad illam partem expirat, & euanescit substitutio, & sic quo ad ipsam tertius admitti non potest. Vlterius ille text. à cōtrario sensu dicit, quod si non adita fuerit hæreditas substitutio valebit, ergo in casu nostro Sempronius si non adierit partem suam, tertius substitutus ad ipsam admittetur, quia eius respectu substitutio nun expirat.

Secūdum membrum est qū vterq; adiuit hęreditatē; & tunc dicit gl. substitutum in totū repelli,

d.l.post aditam, nam si adita hæreditate spirat substitutio, sequitur, quod si etiam Titius adierit, quia tunc est tota hæreditas occupata, quod tertius excludatur in totum,

Tertium est caput quando nullus adiuit, et tunc secundum gl. ad vtramq; partē admittitur substitutus, & militat decisio tex. nostri in d.l.post aditā, nā si adita hæreditate substitutiones expirant, ergo nō adita, nō expirabunt à cōtrario sensu, ergo valebūt, & in casu nostro Titius, et Sēpronius si nō adierūt, vtráq; portionē cōsequetur substitutus tertio loco.

Quartum & vltimum est membrum quādo cohæres tantum, scilicet Sempronius adiuit, & tunc secundum gl. in totum repellitur tertius, allegat d. l. qui habebat, ff. eod. vbi pater instituit filiū impuberem, & filiam impuberem exhæredauit, & filio si impubes moreretur prædictam filiam substituit, & si ante duodecimum annum decesserit, substituit matrem, & sororem suā. modo dicta filia xij. anno expleto moritur, & dictus filius similiter postea mortuus est, quæritur an mater, et soror admitterentur ad bona filij, dicitur ibi ꝙ non, ex quo illa filia mortua est pubes, & defecit conditio sub qua mater, & soror erant substitutæ, cum illa substitutio expirauerit, & ideo ipse in totum excluditur. Sic in casu nostro Seius cum adierit hæreditatem substitutio facta tertio expirat, itaque ipse non potest admitti. Et ita hunc text. inducebat Ozet. hic; sed certè quicquid ipse Ozet. dixerit ille text. non probat intentum gl. quia illa mater, & soror (vt ĩ. dixi) nō sunt substitutæ simpliciter, sed sub hac conditione si filius impubes decedat, modò ille non decessit impubes, ergo non fuerunt substitutę; & sic ibi nulla fuit substitutio, vnde si nulla fuit, non potuit expirare, quia ad hoc vt aliquid expiret, oportet ꝙ prius sit, argum. l. pen. ff. si seruit. vend. non potest ergo Ozet. inducere illum tex. quia sicut ibi ex eo quod ex defectu conditionis substitutio matris, & sororis expirat, non admittuntur illæ, sic in casu nostro, ex eo quod per aditionem Sempronij substitutio tertij expirauerit non debet ille admitti, sed quicquid sit de illo tex. dictum glos. verum est, & probatur per d.l.post aditam. Nam si post aditam hæreditatem solent substitutiones expirare; & in casu nostro Sempronius totam adiuit hæreditatem, videlicèt partem suam ex institutione, quia est cohęres, & partem Titij, quia fuit ei substitutus, sequitur quod tota hæreditas occupata substitutio tertij euanescat. Et hæc sunt quæ habentur per hanc glo.

13 Ex qua plures colliguntur conclusiones. Ego autē duas tantum referā. Prima est tex. in l. a. §. prius, ff. de vulg. & pupill. corrigi per §. sequentem eiusdem legis. Nam in §. prius dicitur, quod prius quis debet facere institutionem in testamento, & postea filio substituere, in §. sequenti dicitur, quod nihil refert an quis prius substitutionem faciat, vel institutionem, ergo contrariatur.

Glos. dicit quod ille §. prius, corrigitur per sequentem. Contra hanc solutionem glossę mouētur Bart. & DD. in d. §. prius, quia nullus pręsumitur seipsum statim impugnare, l. nā ad ea, ff. de condit. & demonst. nisi hoc expressè appareat, vt in d.l. notatur, tradunt communiter DD. in d. §. prius, sed si ista glos. expositio esset bona, I.C. statim se ipsum impugnaret, ergo non est attendenda.

Petr. de Bellaper. & eius sequaces cernentes hāc difficultatem dabant aliam responsionem, dicentes, quod d. §. si prius, loquitur quando ex interuallo fit substitutio filio, & testamentum patris, nam tunc oportet quod testamentū patris pręcedat substitutionem pupillarem filij, ratio est, quia cum pupillaris substitutio sit accessoria ad testamentū patris, §. liberis, ĩ. de pupill. subst. & accessorium sine principali validum esse minimè possit, patet quod oportet testamentum patris præcedere, si verò substitutio fiat eodem tempore & eodē contextu, tunc in institutione non esset necesse quod institutio pręcedat: ratio est, quia in his quę coniunctim fiunt, & vno contextu non attenditur ordo scripturæ, vt dixerunt Doct. in d. §. prius, vbi Ias. & est tex. in l. iurisgentium, §. igitur, ff. de pact. & in l. legem, C. de pact. & in l. quidam, ff. de pecul. leg.

Bart. cum insurgit contra hanc rationem quem sequitur Ozet. hic, licèt non satis firmet, sed tādem illa est resolutio communis, & vera, & si plurimas patiatur difficultates, suo loco videbimus.

14 Secunda est conclusio, quod si cohęres tantum adeat hęreditatem, tunc tertius substitutus in totum excluditur, vt vidimus in superioribus, & sic cessat decisio tex. nostri.

Contra hanc conclusionem mouetur Ozet. per tex. in l. seruum, ff. eod. vbi Titius, & Seius habebāt seruum communem, iste seruus fuit à quodam hęres institutus, & si hæres non esset, fuit ei substitutus Mæuius. Titius iussit seruo adire hæreditatem pro sua parte, Seius autem non iussit, quærebatur an in partem Sei quę adita non fuit per seruum admitteretur Mæuius substitutus, & dicitur quod sic, vnde ex eo tex. ego ita argumentor. Aditio hæreditatis extinguit substitutionem vulgarem respectu eius partis quę fuit adita, d.l. seruum, at in casu nostro sola pars cohæredis adita fuit, ergo non debet in totum substitutus excludi, sed admitti ad partem Titij non aditam, cum & ipsi Titio fuerit tertius substitutus.

Ozet. respondet huic difficultati, dicens aduerte, quia ibi sumus in diuersis terminis, nam d.l. seruum, loquitur quando ille qui fuit substitutus, fuit substitutus principaliter ad totam hæreditatem, at in casu nostro secus est, quia ille tertius substitutus principaliter fuit substitutus cohęredi, verum quia cohęres fuerat Titio substitutus, propter hoc voluit lex, hunc vltimum substitutum primo etiam substitutum esse, & ita procedit lex Titius, ff. eod. vbi dicitur, ꝙ est in vtramque partem substitutus, cum ergo substitutio principalis tollatur per aditionem cohæredis, debet etiam tolli alia tacita substitutio in personam illius tertij, quia sublato principali remouetur accessorium, cap. accessorium, de regul. iur. in sexto.

Sed ita responsio non sufficit, quia præsumitur quod ideo tertius substitutus admittatur ad bona Titij primi instituti, quia cohæres fuit Titio substitutus, quasi iste tertius admittatur ex substitutione transmissa, sed hoc est falsum, ergo Ozetij responsio mala.

Quod

Quod hæc respōsio præsumat, istud patet, quia dicit quod in casu nostro secùs est: nam tertius fuit principaliter cohæredi substitutus: sed quia cohęres fuit primo substitutus, ideo ille censetur primo substitutus esse. Ecce ergo, quod causa quare admittatur tertius ad bona primi, est substitutio facta de cohærede Titio primo instituto.

Sed certè etiam si cohæres substitutus non esset, ille tertius ad vtramq; partem admitteretur neutro adeunte; cum non sit assignare rationem differentiæ, quare testator voluerit in parte Sempronij substitutum, & non in parte Titij, si neuter adiuerit, cum nullus pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere possit.

Secundo demōstratur eam esse falsam, quia inquit Ozer. in fin. quod cū expiret substitutio principalis cohæredis, debent etiam expirare accessoria, quod esse non potest, quia sequeretur quod substitutio tertij dependeret à substitutione secundi, quod tamen est falsum.

Tertio ponamus quod substitutio cohęredis expiret per mortem ipsius cohæredis, certè tunc expirat et substitutio facta de tertio, ergo nō potest dicere Ozer. quod ex quo expirat substitutio cohæredis expiret substitutio tertij, quia posset expirare, & tamē admitti tertius poterit, vt supra declarauimus.

Vos igitur ambagibus reiectis dicatis, quod d. l. seruum, non obstat, quia ibi nō fuit tota hæreditas per seruum occupata, & adita, cum alter ex dominis non iusserit ei illam adire; vnde substitutio facta de Meuio ibi potuit aliquid operari in partem, s. per seruum non aditam, secùs autem est in casu nostro, quia tota hæreditas est occupata per cohæredem, cum accipiat suam portionem ex institutione, partem verò Titij, quia est ei substitutus, vnde substitutio facta de Meuio omnino spirat, & ideo non obstat argumentum prædictum. Et ex his sit explicatum pręsens responsum Iustiniani.

REPERTORIVM AD §. Si seruum, De vulg. substit.



CCEDO (Magnifice Gymnasiarca, Nobilissimi Auditores) ad interpretationem vulgaris text. in §. si seruum alienũ, J. eod. tit. nostro, in quo quidem, materia admodum pulcherrima pertractatur, & exẽpta à iuris communis regulis, & omissis prę̨ludijs.

1 Diuiditur text. iste in tres partes, in prima ponit quę̨stionẽ & eam determinat, in secunda dat decisionem ratione comprobatam, in tertia & vltima eandẽ authoritate cõfirmat, partes singulę̨ patent.

Summatur secundum Aret. si substitutio vulgaris facta fuerit seruo alieno, quem liberum putabat testator, substitutus vocatur in parte hæreditatis, licèt seruus iussu domini illam adierit.

2 Facti series ita poni potest. Pamphilus testator credẽs Titium seruum Sempronij fuisse liberum, & patrem familias, eum in testamento hę̨redem instituit, & si hæres non esset substituit ei Caium; mortuo testatore Titius seruus hę̨res institutus iussu domini adiuit hę̨reditatem, quærebatur modo de duobus. Primum, vtrum talis institutio facta de Titio tanquam libero cum sit seruus, esset valida in iure. Secundum, vtrum dato quod valeret post aditam hæreditatem ab eo iussu domini substitutus admittatur in aliquàm partem.

3 Quo ad Primum videbatur dicẽdum, quod institutio nõ valeret, & sic q substitutus admitteretur.

Primo per regulam quod voluntas agentium non operatur vltra eorum intentionem, l. non omnis, ff. si cert. pet. l. si quis nec causam, ff. eod. at testator instituit hæredem Titiũ tanquam liberum, ergo præter eius intentionem non videtur extendenda dispositio ad casum in quo ipse erat seruus.

4 Secundo cõfirmatur, quia prouisio facta in vno casu non extẽditur ad alterum, quem testator non expressit, l. commodissimè, ff. de liber. & posthu. hę̨ disponens prouidit in casu libertatis, ergo non debet trahi ad casum seruitutis, sed quod substitutioni Cai locus esset.

5 Tertio & vltimo dubiũ faciebat, quia veritas prę̨fertur opinioni, & plus valet id quod est in veritate quàm quod in opinione, §. si quis rem suã, J. de legat. l. si pater, §. quoties, ff. de manumis. uind. l. regula, §. quę̨ ignorauit, ff. de iur. & fact. ignorant. at veritas est quod institutus est seruus, cum testatoris opinione esset liber, ergo veritas attendenda, ita quod substitutus admittatur.

6 Quo ad secundum videbatur etiam dicendum, dato quod institutio valeret, quod Caius substitutus in totum esset excludendus, ex quo iam seruus illam hæreditatem adierat iussu sui domini.

Et dubium in primis faciebat, quia ipse Caius iure substitutionis non institutionis vocatur à testatore, & sic est honoratus in secũdo gradu, vnde donec, & quousq; durat primus gradus ipse nõ est vocandus, arg. text. in princ. J. de legit. agnat. success.

7 Cõfirmatur, qm̃ adita hę̨reditate substitutio vulgaris spirat, l. post aditã, C. de impub. et alijs subst. at in casu nostro adita fuit hę̨reditas, ergo nulla spes esse dẽt successionis penes ipsum Caiũ substitutũ.

8 Tertio & vltimo augetur, quia si iste substitutus admitteretur ad hanc hæreditatẽ, daretur concursus simul institutionis, & substitutionis, at hoc esse non põt, quia vnus gradus succedit post aliũ & nõ põt fieri cõfusio, l. 1. ff. de vulg. & pup. & in prin. J. tit. nostri, ergo in totũ est excludendus substitutus.

Quib. tñ non obstantib. contrariũ in vtroq; capite determinat Imp. dicens, q institutus iussu domini adire potest hæreditatẽ, & q Caius ẽt substitutus in partẽ hæreditatis admittatur. Rõ decidẽdi est in ambigua mente, & volũtate disponentis, prout dicit hic Imp. videlicet qñ testator scit aliquẽ esse alieno iuri subiectũ, & illũ instituit, atq; substituendo dicit, & si hę̨res nõ erit, sit hæres Mę̨uius, illa verba habent tunc sensum, vt si ille non acquirat hę̨reditatem sibi, aut ei cuius iuri subiectus est, tunc demum admittatur substitutus: in eo verò quem liberũ esse credebat sicut in casu nostro habent hunc sensum, vt si ipse sibi non acquirat hæreditatem, aut ei cuius iuri postea subiectus esse cę̨perit, sed certè neutrũ factum est hic, quia iste seruus sibi non acquisiuit, nec ei cuius iuri postea subiectus esse cę̨perit; sed certè neutrum factum est hic, quia iste seruus sibi non acquisiuit, neq; ei cuius iuri postea subiectus esse cę̨perit, quia iam erat
9 subiectus, ergo cum esset ambigua mens testatoris Imp. admisit substitutũ in partẽ sequutus I.C. dicentem in ambiguis quæstionib. mediam viam esse eligendam, l. antiqui, ff. si pars hæred. pet. cap. 2. extra de præsumpt. §. fin. quib. ex caus. manu. non licet, & ideo Imp. hic noluit excludere seruum, nec etiam substitutum, sed quod ambo in defuncti hæreditate succedant: Qua decidendi ratione stante non obstant in contrarium allegata in vtroq; casu, quia vnica responsione tollunt, cum prædicta sibi locum vendicent, quando esset clara voluntas disponentis, quod ipse non errauit in conditione hæredis, sed sciuerit illũ aut esse seruũ, aut liberum, sed hic fuit in dubio, ergo nõ procedũt in casu prę̨dicto, stante hac per Iustinianũ decisa quę̨stione.

10 Primo ex text. noto ex mente Aret. quod quamuis alienus seruus sit institutus cõtemplatione sui, per dominum tamen iuberi potest, vt adeat, & domino quærat, & hoc quia quomodocunque fuerit institutus non potest acquirere nisi domino; §. in potestate, supra de his qui sunt sui vel alie. iur.

Secũdo noto, q sine iussu domini seruus institutus nõ acquirit dño, nec sufficit q sequatur ratihabitio post factã aditionẽ per seruum, vt notat Bart. & alij in l. si plures, ff. de aqua plu. arcend. est tex. in l. si quis mihi bona, §. iussum, ff. de acquir. hæred.

Tertio noto, q illa verba, si hę̨res non erit, in eo quem testator scit esse seruum significat, si ipse sibi non acquiret hæreditatẽ aut alium hæredẽ non fecerit, cuius iuri subiectus est; In eo verò quem liberum esse credebat significant, si sibi aut ei cuius iuri postea subiectus esse cę̨perit, vt supra diximus in Rubr. de vulg. subst. loquebamur, ac de istorum verborum significatione agebamus.

11 Quarto noto quod id quod dicitur in tex. nostro de seruo instituto, & substituto ei dato, procedit, qñ testator credebat illum liberum, qui tñ erat seruus alienus, si verò ille fuisset seruus proprius testatoris, & liberũ credidisset, tunc institutio esset ipso

iure

inte nulla, l. neque, ff. de milit. test. §. si seruũ, ibi, si seruũ propriũ, quẽ liberũ esse credebat miles instituisset, in ea est conditione, vt institutio nõ valeat.

Sed cõtra hoc notab. Aret. videtur facere text. in l. pen. C. de necess. seru. hæred. instit. §. nos itaque, vbi dicitur, ꝙ quamuis testamẽto, neque codicillis seruo data libertas sit, dũ tñ in eo, aut in illis fuerit institutus heres, statim liber, hæresq; fit, vnde atq; sic ex eo. adita hęreditate intelligitur etiam data libertas per illum text. sed in casu nostro testator instituto seruo suo ignorans ipsum seruum, est data hæreditas, ergo & libertas, ergo contra hoc notab.

Huic difficultati respondebat Aret. hic, quod id ꝙ dicitur, quod adita hęreditate seruo, intelligitur etiã data libertas, habet locũ quando testator scit illum esse seruũ, nã tunc cũ sciat cõditionẽ eius, nihilominus si vult ipsum habere hęreditatem, intelligitur etiã velle liberũ esse, cũ sine libertate heres esse nõ possit, §. idemq; iuris, ĩ. quib. ex cau. manu. licet vel non: at cũ aliquid alicui cõceditur, id conceditur sine quo illud esse non pôt, l. 2. ff. de iurisd. omnium iud. secus aũt si testator ignorat illũ esse seruum, tunc enim per hæreditatis aditionem ille non fit hæres, quia non potuit testator illum velle liberare quem liberũ credebat, ad hoc aũt quod quis liberetur, oportet quod prius sit seruus, cum priuatio habitum præsupponat, l. decem, ff. de verbo. oblig. mens ergo testatoris absuit à datione libertatis, ergo cum liber non fit, non est hęres.

Contra hanc Aret. responsionem videtur posse opponi de text. nostro, vbi testator ignorabat illum esse seruum, et tamen tenet institutio, & quod magis est, ille erat seruus alienus, quem etsi voluerit, inuito domino non potest liberare, cum ius nostrum sine facto nostro à nobis auferri non possit, l. ius nostrum, de reg. iur.

12 Hęc tamen impugnatio licet prima facie videatur colorata, non tamen est sufficiens, & pro eius resolutione sciendum est, qđ id ꝙ meũ est, non pôt amplius effici meũ, §. sic itaque, ĩ. de act. nã forma nõ ingreditur materiã, nisi materia sit ea forma priuata, itẽ lex non admittit institutionem, quæ nihil potest operari, cũ imitetur naturam, §. minorem, ĩ. de adopt. & natura nihil agat frustra. quo stante, facilis est responsio ad argum. quia magna est ratio diuersitatis, quãdo testator instituit seruũ propriũ credens eum liberum, & quando instituit alienũ, licèt similiter erret, quia in primo casu cũ non sit factus liber, quia testator non potuit illum liberare, quẽ iã liberum esse credebat, illa institutio non valet vllo modo, quia ille seruus non acquirit sibi hęreditatem, & alijs illa hæreditas nõ potest acquiri, cum seruus non acquirat nisi domino, & dominus eius est testator, cum illa hæreditas sua sit, vnde si hæc institutio admitteretur, esset omnino frustratoria. Qñ verò testator instituit seruũ alienũ errans, tunc etiam non potest ipsum liberare, nec etiam si vellet, posset inuito domino, tamẽ illa institutio est valida, quia si seruus maneat, in eadem causa illa acquiretur domino, cui bene acquiritur, cum non sit sua; militat ergo diuersa rõ, cũ in primo casu institutio nihil possit operari, in secũdo verò secus sit,

13 Quinto noto, quod hic est casus in quo admittitur concursus instituti & substituti vulgaris, contra regulam, l. quãdiu, ff. de acq. hæred. ratio aũt huius specialitatis est secundũ Aret. & alios, quia illa regula procedit, quoties apparet expressè testatorem velle prius institutũ, & postea substitutũ admitti: sed in proposito fallit, quia in casu nostro erat incertum, & ambiguum vtrum testator vellet prius institutum admitti, & postea substitutum, ex quo ille quem liberum putabat instituerat, tamen erat seruus, vnde ratione dubietatis recessum est à regulis iuris in casu nostro, & factum est, quod in parte succedat institutus, & in parte substitutus, & sic quod ibi simul ad hęreditatem concurrant.

Sexto noto ex illis verbis, ei cuius iuri postea subiectus est, ꝙ qñ instituitur liber, tunc lex subintelligit ꝙ sibi acquiritur, si non mutauit statum, sin autem mutauerit, vt quia se dederit in arrogationem, aut ingressus fuerit monasterium, secùs est, Auth. ingressi, C. de sacrosanct. eccl. & declarant DD. in l. si pater, ff. eod. Bald. & Imola ibi.

14 Septimo ex mẽte Christoph. de Castil. et ex Port. noto, quod qñ opinio repugnat veritati, tunc ratione conflictus eligitur media via, vt hic, & in l. si pater, ff. de hæred. inst. sed contra huiusmodi notab. opponitur de text. in d. §. si quis rem suã, ĩ. de legat. cũ simlib. deductis superius in rationib. dubitãdi, vbi veritas præualet opinioni. Sed saluando Christoph. dico illũ loqui in casu, qñ opinio non repugnãt veritati in totũ, hic. n. & in d. l. si pater, opinio disponentis non erat contra veritatem, sed pp ignorantiam ipsius, pp quam nos reddimus ancipites quid ipse fecisset si veritatẽ cognouisset, non obstat ergo d. §. si quis, quia ibi erat opinio contra veritatem, à qua longè aberat voluntas disponentis meritò veritas interim excludit opinionẽ. Ex quo in-

15 fert Christoph. sm Bald. in d. l. si pater, ꝙ si arbitri, vel arbitratores perplexam quæstionem, & dubiam præ manib. habeant, possunt eligere mediã viam, nec in totum absoluendo nec in totum condemnando, quod tamen procedit, quando rationes sunt equaliter vrgentes pro vtraq; parte: sio verò pro altera sint debiliores, tunc pro fortiori iudicandum est, vnde dicebat pp hoc Port. non obstare l. Nesennius, ff. de neg. gest. vbi ab vtraque parte erant validæ rationes, & tum vna pars in totũ fuit condemnata, quia respondetur, ꝙ illud euenit, ex eo quia pro altera parte rationes magis vrgebant.

16 Octauo & vltimo notatur ex mente Bald. hic, quod quãuis sit regula, ꝙ quis non est idoneus iudex in causa propria, de qua in l. qui iurisdictioni, ff. de iurisd. omn. iud. & in toto tit. C. ne quis in sua causa sibi ius dicat, non tñ procedit in eo qui non recognoscit superiorem, vt est Imperator, qui est iudex in causa propria, vt hic, concordat text. in l. & hoc Titius, ff. de hæred. inst. Bald. autem notabiliter in l. proximè, ff. de his quæ in testam. delentur, dicebat, quod melius, & honestè faceret Imperator, si talem causam alteri delegaret, & sic se subijceret iurisdictioni minoris, quod potest, in l. receptum, ff. de iurisdict. omn. iudic. ratio autem est, quia in Imperatore cessat ratio, quæ facit quo minus alij non possint esse indices in causa proprias nam quis prohibetur ideo esse iudex in causa pro-

pria, propter affectionem, & propter suspicionem, quæ est ne secundum se sententiam ferat, quæ ratio cessat in Imperatore, qui censentur fons, & vas iustitię, & lex animata in terris, item sanctissimus, religiosissimus atque optimus, vt in iure passim notissimi iuris est.

17 Accipio nunc glos. in verb. partem, cum duę primæ nihil habeant, quam diuido in tres partes, in Prima quærit de vna quęstione, & ipsam determinat, in secunda format alterã, & soluit eam ex mente quorundam, in tertia et vltima ponit opinionem aliorum, deinde suam, partes singulæ patent,

Pro expeditione primę partis, dicitur in text. qđ in partem admittitur substitutus, quæro vnà cum glos. in quam partem admittatur; respondet quod hæreditas diuiditur in duas semisses, idest in duas partes, & iterũ vnus semis, vel vna pars debet subdiuidi in duas partes, quæ erunt quartæ totius hæreditatis, et vnam earum habebit substitutus, & alteram partem dominus instituti, vt ff. de hæred. inst. l. si paterfamilias, in fi. vbi ponitur idem casus.

Sũ in secũda parte pro cuius expeditione quęro vnà cum gl. quid erit de alio semisse; respondet gl. ex mente quorundam ꝙ substitutus habebit illam partẽ, et hoc inspecta opinione testantis, qui credidit institutum liberũ esse, & ꝑ consequens credidit substitutũ admitti ad hęreditatem, si institutus sibi hęreditatẽ nõ acquisierit, vel alio cuius iuri postea subiectus esse ceperit, sed in casu nostro sibi nõ acquisiuit, nec ei cuius iuri postea subiectus esse cepit, ergo debet substitutus admitti ad hæreditatem, & si diceretur, si substitutus esset admittendus, vnde est, ꝙ dominus instituti debet admitti in quartam partem, vt supra dixit glos. & ipsa respondet quod habet rationẽ cuiusdam ęquitatis, quia s. verũ est ipsum institutũ esse seruũ illius, & pro opin. istorũ dicit glos. facit generalis regula, quod opinio est consideranda, vt ff. pro empt. l. 2. §. si à pupillo, dicitur ibi, si à pupillo emero sine tutoris authoritate, quem puberẽ esse credo, vsucapio sequitur, ecce ergo quod attẽditur mea opinio, puto enim illum puberem ad idem allegat tex. in l. is qui putat, ff. de acq. hęred, vbi dicitur, is qui putat se necessarium, cum sit voluntarius non potest repudiare, nam plus est in opinione quàm in veritate,

Sum modo in tertia & vltima parte, in qua glos. ponit suã opinionẽ, & cõmunem, dicens, ꝙ alij dixerunt contra s. ꝙ ille semis datur dño veritate inspecta, quia tunc verè ille erat eius seruus, & verè erat institutus, quod verius videtur, subdit glos. & sic adhæret opinioni huic, & facit pro hac id, quod dicitur veritatem esse spectandam, §. si quis rem suam, ĩ. de legat. quem aliàs induximus. Ex qua gl. colligunt interpretes hanc conclusionem; substitutum de quò in tex. nostro, in partem admitti, quæ conclusio multas patitur difficultates, & non defuerunt qui cõtrarium affirmare ausi sunt, substitutum scilicet in totum admitti, & mouentur his medijs.

18 Primo quotiescunq; testamento in primo gradu non valet, intelligitur incipere à secundo si in secundo non sit illa impedimenta quæ & in primo, sed in casu nostro testamentum non valet in primo gradu, ergo debet incipere à secũdo & sic ille substitutus debet esse hæres totum. maior probatur, in l. 3. ff. de liber. & posth. in §. fin. vbi dicitur si ita testatus sit paterfam. vt à primo quidẽ gradu filium pręteriret, à secũdo verò exhęredaret Sabinus Cassius, & Iulianus putant perempto primo gradu testamentum incipere ab eo gradu, à quò filius esset exhæredatus; minor probatur ratione, error in conditione personæ hæredis vitiat institutionem, sed hic testator errauit, credidit enim liberum esse, cũ seruus esset, ergo talis institutio non valet; quod error vitiet, habetis tex. in l. si pater, C. de hæred. instit. vbi dicitur, si pater tuus eum quasi filium instituit, quem falsa opinione ductus suum esse credebat, auferendam esse successionem diuorum Seueri & Antonini placitis continetur.

19 Respondeo ego, qui sequor opinionem communem ex Bald. quod in d. l. si pater, ille error respiciebat causam finalem institutionis, hic nõ; declaro, nam testator potest errare in conditione instituti.

Primo circa causam finalem, secũdo circa illam conditionem, q̃ est causa institutionis: exẽplũ; fui ego à quodam maximo beneficio affectus, vnde causa remunerationis institui Titium hæredem, & apparebat me illum instituisse ratione illius beneficij accepti, quia fortasse feci de eo mentionem in testamẽto, postmodũ compertum est Titiũ non fuisse illũ qui me beneficio affecit, certè ipse error bene vitiat institutionem, quia omnis agens agit propter finem, l. iudex, ff. de re iud. abest enim voluntas testantis ab huiusmodi institutione cum errat in fine. Aliquando error iste non respicit conditionem, quæ est causa finalis; ponamus quod fuerim à Titio beneficio affectus, & illum ob hoc institui hæredem, & illum liberum esse credebam, cum tñ esset seruus, certè hoc casu iste error non respicit finẽ, quia in eo, quod fuit causa illius institutionis non errani, & ideo valet institutio sic in casu nostro; ille instituit seruum credẽs illum liberum, certè causa quare institutus fuit, non fuit, quia ille esset liber, quia sic poterat alium quippiam instituere, qui liber fuisset, ergo dicimus quod error in conditione instituti vitiat institutionem, quando respicit causam finalem, vt in d. l. si pater, at in casu nostro non respicit error causam finalem, ergo cessat argumentum,

20 Secũdo pro hac opinione quod substitutus in totum sit admittendus, adducitur text. in l. quãdiu, ff. de hæred. inst. vbi dicitur quãdiu eli locus instituto cessat substituti aditio, ergo patet, quod sunt incomputabilia quod primo institutus adeat, & substitutus, vnde sequitur, quod si substitutus admittatur in partem, ergo & in totum.

Respond. quod hoc est speciale ratione validitatis rationum existentium ab vtraq; parte, quarum vna non euacuat penitus aliam,

Tertio contra commun. vrget tex. in l. cũ proponas, C. de hæred. inst. vbi talis erat casus, miles instituit hæredem Ioannem quendam, qui erat seruus suus, & patris eiusdem militis, erat enim inter eos cõis, ipse aut miles credens eum esse liberum proprium, vt eius indicabant verba illum instituit hæredem, & si heres non esset Mæuium substituit,

post

post mortem testatoris apparuit hunc esse seruum communem inter testatorē, & eius fratrem, substitutus volebat admitti ad hęreditatē, item & frater defuncti, qui erat dominus illius serui, quęrebatur quid iuris, & dicit ibi Imperator ꝙ si credens eum proprium libertum hęredem instituit, nec per eum ad aliū quēquam pertinere voluit hęreditatē exuit cōditio substitutionis, & substitutus admittitur; vndearguo sic ex ea lege, lex indistinctè loqnés, indistinctè debet intelligi, sed ibi substitutus admittitur indistinctè, ergo nec oos distinguere debemus, l. de precio, ff. de public. in rem act.

21 Respondet huic Cuman. in d. l. si pater, ff. de hęred. inst. quod est aduertendum, qnia ille tex. concordat cum tex. nostro, nam ibi substitutus vocatur pro parte, & ad arg. respondetur, quod lex non distinguens generaliter intelligitur, nisi per alias leges limittetur, & distinguatnr, at in proposito nostro ille tex. distingnitur, & limitatur per text. nostrū hic, & per tex. io d. l. si pater, merito ratio non obstat.

Hęc responsio Cuman. licèt ab omnibus, quos viderim approbetur mihi tamē nō satisfacit, & est iudicio meo contra illū text. nam ibi dicitur, quod si credens eum liberum, illum hęredē instituit, neq; per eum ad alium quemquā hęreditatem pertinere voluit, extitit conditio substitutionis, sibiq; hęreditas est delata. certè domini substitutionis conditio, qua expleta admittitur substitutus, est duplex, vna in libero, & est, si hęres nō erit, vel alium hæredem efficeret, ad hoc igitur vt habet locum substitutio, oportet qnod iostitutus primo loco si liber est hæres non sit, si verò est seruus, quod tunc oon sit ipse, neqne alinm efficiat, vt dicit text. noster, & tunc dicimns existere conditionem substitutionis.

In eo autem text. dicitur quod conditio substitutionis extitit, ergo ille non fuit hæres, oec alium fecit hæredem, aliàs oon extitisset conditio substitutionis, id quod indicat ille tex. dum dicit sibique delata est hæreditas, quasi remoto primo instituto admittatur substitutus omnioo.

22 Vlterius denominatio semper fit à potentiori l. quæritur, ff. de stat. hom. sed si ibi in parte secundum substitutus admitteretur, haberet quartam solummodo secundum DD. hic, & ibi, & tres partes dominus instituti, quomodo ergo diceret ille text. ꝙ hęreditas est delata ad substitutum, si minor pars est apud ipsum, & maior apud primum institutū? & si diceretur, ꝙ ibi hæreditas est delata pro parte. respondetur, ꝙ inclusio vnins est exclusio alterius, l. cum prætor, ff. de iud. vnde cum ille text. includat substitutum, alios excludit, ergo.

Secundo igitur loco respondebat Vigli. hic, qui tacito authore ab eo. Cumano eodem loco responsionem mutuauit dicens, aduerte quod ille tex. loquitur in milite cuius volnntas magis attenditur reiectis iuris solemnitatibus, l. 1. ff. de milit. test. fateor igitur, quod quando paganus instituit seruum alienum tanquam liberum, & ei substituat, quod tunc substitutus vocatur in partē, & ratio est, quia non attenditur in totum opinio testantis, quæ fuit quod si institutus hęres non esset, tota hereditas deuolueretur ad substitutū, sed quando miles hoc facit, quia eius voluntas magis attēditur, ideo in totū vocatur substitutus, et ita loquitur d. l. rū personas.

23 Hæc responsio non videtur sufficiens, qnia debetis scire, quod ratio quare cum testator instituit seruum alienum; & ei substituit credens eum liberum admittatur substitutus, & institutus, est, qnia sumus in dubio de opinione testātis, dubitamus. n. dato ꝙ testator seruum etiā postea sciuisset, an eum fuisset instituturus, potuit. n. esse ꝙ etiā si sciuisset illum instituisset, & etiam potuit esse quod nō, vnde cum non esset certum, quod facturus esset testator vocantur ambo: si igitur certum esset, ꝙ testator nō instituisset illum, absque dubio solus substitutus vocaretur ad hæreditatem, vt declarant Doct. in d. l. si pater, quare ex istis patet quod Viglij responsio ooo procedit, quia adhnc si seruum sciuisset ille miles, sumus in dubio an eū esset instituturus, potuit enim esse, ꝙ non instituisset, & quod sic. Ideo ego fateor quod voluntas militis multum attenditur, quando constat de ea, sed in illa lege nō constabat, cum certū ibi non esset, an si ille miles cognouisset illum esse seruum instituturus fuisset, nec ne.

24 Raphal ergo Cumanus cernens forsan has difficultates tertiam adducebat solutionem dicens, ꝙ ibi ille miles credebat illum esse suum libertum, sed liberti pręstant obsequia patrono, & officia toto titulo de obsequi. à liber. & libert. vnde ille instituit ipsum, quia ei obsequia & officia pręstitit & similiter, quia patroni vt plurimum diligunt libertos ob talia: causa igitur finalis fuit ipsum remunerare ob dicta obsequia pręstita, postmodum compertum fuit, ꝙ non erat eius libertus, sed seruus cōmunis, vnde iste error respiciebat causam finalem, sed talis error vitiat institutionem, ergo noo est mirum si in totum substitutus admittatur, secus est in casu nostro, vbi error non respicit causam finalem, & ideo institutio noo est irrita.

Sed oec illa responsio est admittenda, nam sciendum est quod libertus cum sit à patrono liberatus, tantum debet patrono, quod nunquam posset illū remunerare, sed in signum cuiusdam recognitionis, debet obseqnia, & opera ei præstare, cū enim libertas sit res inextimabilis, apparet qnod patronus iā dedit pręmiū liberto operarum, & obseqniorum, vnde non tenetur ei ad aliqnam remnnetationé, intelligo de ęquitate; oon potuit ergo Cuman. dicere quod remunerationis causa illum fecisset hęredem credens libertum suum, quia nō nportebat, cū libertus sit iam maximo pręmio affectus, vnde ista responsio non caret diuinatioois labe.

25 Vos igitur DD. prædictis solntionibus relictis dicatis, quod ille tex. habet secum solntionem. ibi enim dicitur, quod si credens libertum suum illum hæredem instituit, nec voluit per eum ad alium hæreditatem pertinere, tunc substitutus admittitur in casu proposito, qnia testator non solum errabat credens libertnm suum, sed volebat etiam omnino quod ipsa hæreditas pertineret ad illum, & non ad alium qoempiam per eum. Ex quibus verbis colligitur, quod si testator agnouisset illum esse seruū, non instituisset postquam alius per eum foret hæres; apposuerat ergo verba, quod ille tantum suam hæreditatem haberet, non alius per eum, aliàs admitteretur substitutus. At in casu nostro non apparebat

rebat

rebat an testator si sciuisset illum seruū esse, quem tanquam liberum instituit, fuisset instituturus, nec ne, potuit enim esse quod sic, sed ibi apparet, quod non: meritò illa iura ad inuicem non repugnant, vt falsò opinati sunt nonnulli, & hanc reconciliationem inueni etiā tenere Leoni. in suo tractatu substit, in specie de vulg. quem ego ante non videram.

Quarto & vltimo adducitur tex. noster dum in eo dicitur, quod illa verba, si hæres non erit, in eo quem liberum testator credidit ita sunt interpretanda, scilicet, si sibi hæreditatem non acquirat, aut alio cuius iuri postea subiectus fuerit, dicamus ergo, quod si iste institutus sibi non acquirat hæreditatem, aut ei cuius iuri subiectus pustea fuerit, admittitur substitutus in totum, at neutrum factum est hic, quia sibi non acquisiuit, cum esset seruus, non etiam illi cuius iuri postea subiectus esse cœperit, quia iam subiectus erat, ergo admittitur substitutus in totum.

Respondetur ex Viglio, quod ea quæ loco conditionis ponuntur, & ea facta nescit testator, dispositio tamen valet, l. si iā facta, ff. de cond. & demon. vbi ad verbum, ergo conditio in casu nostro, cum sit completa, licèt postea testator nesciat, dispositio tamen debet valere, si nihil aliud impediat, cum possimus dicere, quod non est totaliter adimpleta conditio, vnde non obstat.

25 Contrariam igitur opinionem communiter sequuti sunt DD. pro qua est tex. in l. si pater, ff. de hę red. inst. vbi ponitur casus tex. nostri in fi. ipsius, dicitur ibi, igitur hoc casu duo semisses fiēt, ita vt alter semis inter eum qui dominus est instituti, & substitutum diuidatur, ecce ergo quod expressè ille tex. dicit, quod substitutus vocatur in partem solam, nec ei potest responderi vt tex. nostro, dicendo, quod si vocatur in totum, ergo & in partē, quia ibi expressè determinat de sola parte, & ex his firma remanet conclusio, substitutum, de quo in hoc §. in partem tantum admitti, non autem in totum.

26 Secunda elicitur conclusio ex glos. quod substitutus de quo hic, in quartam hęreditatis partem vocatur, & aliæ tres competunt instituto, & eius domino, verum quia & ista non transit sine contradictore, ideo ad partes discutiemus.

Sit igitur quęstio, an substitutio ista habeat locū in quarta tantum, vel potius in virili, & Polit. in suo tract. substit. & Alciat. lib. 1. cap. 2. dispunctio. & Vigli. hic, tenuerunt, quod deberet diuidi æqualiter hæreditas, ita quod substitutus vocetur ad dimidium hæreditatis; quorum opin. sequitur Petr. de Rauen. & alij antiquiores, pro qua deducitur primo ex Alciat. Appellatione partis intelligitur dimidia, sed tex. noster dicit quod substitutus vocatur in partem, ergo dimidiam intelligemus. maior probatur per Bart. in l. Mæuius, §. duobus, de leg. 2. num. 6.

Huic primo argum. defendendo opin. cōtrariam responderi potest, quod appellatione partis intelligitur de dimidia in dubio, sed hic sumus in claris ex coniecturis infra dicendis, ergo. Vel secundo potest respōderi, quod vocatur in parte dimidia illius semissis, sed de alio semisse nō dubitatur, præsuponit. n. tex, q̄ tōtę illius veritatis seruo contigerit.

27 Secundo tamen pro ea facit quotiescunque adsunt hinc inde rationes vrgentes, adeo quod vna aliam non vincat, tunc media via eligitur, vt dixerunt Bald. & communiter DD. in d. l. si pater, ac in casu nostro est conflictus rationum, & iurium, & propter hoc admittuntur institutus, & substitutus simul contra regulam l. quamdiu, ff. de acquir. hæred. vt supra diximus, ergo media via eligetur.

Respon. quod quamuis sint ab vtraq; parte vrgentes rationes, tamen vrgentiores pro parte serui, vt infra dicemus, & tunc non eligitur media via, & si diceretur quare non totum adiudicatur ipsi seruo? respondeo, quia eius rationes non in totum, & penitus enacuant rationes substituti, licèt validiores sint.

28 Tertio & vltimo potest adduci pro hac opinione in fauorem substituti. Copula (&) æqualiter distribuitur inter copulata. Sed lex dixit, quod in casu proposito diuiditur hæreditas inter seruum, & substitutum, ergo ęqualiter diuidetur.

Respondeo quod copula (&) æqualiter diuidere intelligitur: quando nō adsunt validiores præsumptiones contrariæ cōtrarium demonstrantes, vt patet de onere iniuncto, nā si qui sint per nomina propria, & cum copula nominati in substitutione, si tamen illis fuerit impar onus iniunctum, attenditur proportio illius oneris, non obstante copula, (&) quia illa præsumptio, quæ ab hoc onere iniuncto accipitur, est validior, modo in proposito, licèt adsit copula, adsunt tamen præsumptiones vrgentiores contrarium demonstrantes, addito quod illa verba sunt legis, non autem testatoris.

Vnde cum opin. cōtra commun. non probetur, Dicto. communiter fuerunt in ea sententia, quod talis substitutus tantum partem quartam hæreditatis consequatur, quæ

29 Primo fundatur in l. si pater, ff. de hæred. institu. vbi in fin. ponitur idem casus, qui ponitur hic, & dicit, quod de illa hæreditate fient duo semisses, & cęterorū vnus semis diuidetur in duas partes ęquales, quarum vnam habebit institutus, vel eius dominus, alteram substitutus, habemus ergo tex. clarū, & apertum, dicentem substituto solum quartam hæreditatis competere, ergo reliquas partes habebit institutus.

Sed huic legi defendendo opin. contra cōmun. respondet Polit. in d. tract. subst. quod ibi erat vltra seruum institutum alius cohæres, cui alius semis diuiditur, alter verò semis diuiditur inter substitutum, & seruum, vel eius dominum.

Hæc responsio est diuinatiua, & ideo non admittenda; quis enim reuelauit Polito quod ibi esset alter cohæres? nullum enim est verbum ibi de hoc, vnde quod lex non dicit, nec etiam nos dicere debemus, aliter de facili esset saluare vnamquamque difficultatem, si pro libito nobis addere, vel adimere legibus liceret.

30 Secundo ergo respondebat ad hunc tex. Vigl. dicens, quod quamuis ille tex. dicat, quod alter semis diuiditur inter dominum serui, & substitutum, non tamen est dicendum, quod tota hæreditas communis non fit, quia alter, etiam dicitur de duob. & erit sensus, alter semis, idest ambo semisses diuiduntur.

Sed

Sed hæc etiã solutio est omnino insipida, quod clarè patet, nam frustra fit per plura, quod potest fieri per pauciora ęquè bene, l.fin. C. de precib. Imperat. offer. si ergo hæreditas asset ex æquo diuidenda ad quid illa secunda diuisio de qua in eo tex. dicitur enim ibi, quod illa hęreditate fiant duo semisses, & postmodum alter semis diuiditur ex æquo inter illos, non ne melius dixisset quod alter semis obueniebat, & dabatur instituto, alter substituto? nescio ego videre quid operetur illa secunda diuisio illorum semissuum, vnde hæc responsio Viglij non est tenenda.

Tertio loco respondebat Alciat. d. loco, quod in codicibus qui suo tempore circumferebantur deest dictio quędam, qua denotatur, quod ille substitutus erat etiam cohæres, habet enim suo tempore quod testator illi seruo Sempronium substituit, in emendatione legitur, Sempronium cohæredem ei substituit, hoc quoque dicit se in antiquissimo lib. manu scripto vidisse, quo factum est, vt noui qui postmodum imprimerentur, illa dictione non careant, & certè tex. meus illam habet, modo si hoc pacto legamus, nulli dubium est, quod ille alius semis erit substituti, non tanquam substituti, sed tanquam cohæredis, vnde ille tex. non probabit intentionem DD. communem, imò contrariam quodãmodo, cum ibi substitutus habeat tres partes, & institutus vnam.

Hęc responsio, Domini, si illam dictionem addamus non habet difficultatem, sed non forte omnib. hoc probabitur, vt inquit hic Vigl. nã quis me certũ reddit, quod in illo antiquissimo codice illa verba adessent, & dato quod adessent, non ne potuit illum tanquam manu scriptum magis etiam corruptum, quàm hi, qui publica impressione muniunt, & imprimuntur? nec obstat, si diceres in his nouis sunt illa verba, respondeo, quod hoc est, quia sont forsan impressi post editionem ab Alciato factam librorum dispunctionũ, ubi illud dixit quod supra retuli, vnde potest esse quod impressores suam authoritatem sequuti illa verba addiderint. vnde hæc responsio Alciati non caret difficultate.

Ego itaque aliter respondeo ad illum tex. dicens quod non probat intentionem communem, quia ibi dicitur, quod alter semis diuiditur ęquis portionibus inter substitutum, & instituti dominum, de altero autem semisse quid fieri debeat non decidit ille tex. vnde ille tex. non probat, quod potius sit instituto quàm substituto attribuendus.

31 Secundo tamen pro communi adducitur, ordinata charitas incipit à seipso, l. præses, C. de seru. & aqua, sed Tiberius, aut Titus Cęsar debuit hoc indicare, quia fuerat seruus suus tanquam liber institutus, ergo verisimile est, quod meliorem partem acceperit, quia vt dicit Iaco. de Rauen. in d. l. si pater, & Bald. post eum, maledictus homo, qui peiorem partem sibi assumit.

Respondetur, quod verum est, quod ordinata charitas incipit à seipso, quoties sine aliorum iniuria, & iustè fit, vt d. l. pręses, vbi ille iustè aquam potuit restituere cum in suo ortum haberet, & agri sui aridi essent, vel sitirent, at hic secus erat, quia rationes erant æquales, quæ ab vtraque parte suadebant, vt æqualis fieret diuisio, & eo maximè, cum officium & solitum suum sit aliorum commoda, magisque sua respicere, vt Principẽ optimum decet, sicuti ipse expresè dixit in l. vnica, in fi. C. de caduc. tollend.

32 Tertio & vltimo pro eadem opin. communi allegatur, veritas præfertur opinioni, d. §. si quis rem suã, infra, de leg. sed seruus habet pro se veritatem, quia verè est institutus, ergo præfertur vt potiorem habeat partem.

Respondẽt quidam, quod veritas pręfertur opinioni præterquam in vltimis voluntatibus, sed in illis opinio attenditur, l. his qui putat, ff. eod. vbi is qui putat se necessariũ, cum sit voluntarius, non potest repudiare, cum plus sit in opinione quàm in veritate. Sed ista responsio est contra illum tex. in §. si quis rem suam, qui tex. loquitur in legato, & sic in vltima voluntate, & tamen veritas præfertur opinioni secundum quod possumus ex voluntate disponentis, vel operantis percipere: declaro rẽ exemplo d. l. is qui putat, vbi ille qui putabat se necessarium hæredem, cum esset voluntarius, certè si credebat se necessarium, credebat etiam se repudiare non posse, sed id quod est impossibile non potest desiderari, quia non desiderantur nisi bona, sed impossibilia non sunt bona, cum non sint, & bonitas præsupponit essentiam, non poterat igitur ille velle recusare iustè, idest de iure, cũ recusatio in necessariu sit impossibilis de iure, & de facto; modo vos videtis, quod ex ista opinione colligitur desiderium, & voluntas illius, quæ est non recusare iustè, sed iniustè vellet, & ideo voluntas eius non attenditur; nõ mirum ergo si ibi attenditur opinio in d. l. is qui putat, sed in d. §. si quis rem suam, non attenditur opinio; quia ex illa opinione non colligebatur voluntas testatoris, sed ex veritate, ibi enim ille legauerat rem alienam tanquam suam, dicitur quod valet legatum, quia plus est in veritate quàm in opinione, nam ex eo quod credit rem esse suam, non apparet quod velit si aliena sit, legatum valere; sed bene apparet ex eo q᷑ scit est sua, quod non vult valere legatum; quia cum testator præsumatur minus velle grauare hęredem quàm fieri possit, & magis grauaret addendo rem alienam, quàm redimere debebat, ideo colligimus voluntatem defuncti esse legatum non valere, d. §. si quis rem suam; sic in proposito pro solutione argumenti, dico, quod illa veritas non debet attendi, quia ex ea non apparet voluntas testantis magis q̃ ex opinione, quia non declarat per hoc quod ille sit hæres institutus, quod si testator eum seruum sciuisset, nihilominus illum instituisset, & sic videtis quod hæc opinio nõ subsistit. Vnde in via disputatiua vtraque opinio defendi potest, cum pro vtraque adsint valida argumenta.

33 Tamen in iudicando ego non recederem ab opinione communi, quam optima ratione probat Cuman. in d. l. si pater, & pro intelligentia illius sciendum est, quod quotiescunque deficiunt apertę probationes, tunc recurrendum est ad coniecturas, in difficultatibus enim quæ in sui natura perfectam non recipiunt probationem, sufficit probatio per cõiecturas, vt dixit Zas. in cons. par. 1. Bald. cõs. 27. vol. 1.

vol. t. quæ coniecturæ sunt dilucidæ probationes in obscuris, quæ difficulter probari possunt, vt tradit Felin. in Rubr. de probat. modo nos sumus in dubio de voluntate testantis, & nõ apparet expressè de ea, ergo recurrendum est ad coniecturas, & signa, & si pro seruo erunt plures vrgentiores coniecturas, pro seruo iudicabimus, si secus, pro substituto. Ad rem igitur accedendo in hac quæst. sunt duo, veritas, & opinio, veritas stat pro seruo, quia ille verè est institutus, vnde possumus præsupponere, quod testator, postquam dilexit illum seruum liberum credens, dilexisset etiam seruum, pro substituto adest opinio, quæ dictat, quod si sciuisset illum seruum non instituisset, sed substitutum vocasset, quæ opinio non vincit veritatem, sicuti nec veritas vincit opinionem, ergo quia hinc inde sunt pares rationes debent fieri duo semisses de illa hæreditate, & vnus datur seruo, quia sine dubio veritas stat pro illo, alter datur substituto pro quo est opinio, sed quoniam opinio in totum non militat pro substituto, quia non colligitur ex dicta opinione, quod voluntas testatoris magis respiciat substitutum quàm seruum; quis autem declarat, quod si testator sciuisset illum esse seruum, quod ipsum nõ instituisset? poterat certè illum instituere sicuti substitutum, quod suadetur, quia non instituit ipsum, ex eo quia liberum, hoc enim non fuit causa finalis illius institutionis, vt supra declarauimus, patet ergo quod opinio nõ magis est pro substituto, quàm pro seruo, ideo dixit Cuma. ille semis qui totus debebatur substituto, si opinio in totum pro eo militaret, diuiditur inter ipsum institutum, & substitutum, quia tam pro instituto quàm pro se militat, & alius semis ratione veritatis pro solo seruo militantis, seruo ipsi conceditur, & hæc quantum ad hanc dubiam quæst.

34 Accipio glos. in verb. testator, quæ diuiditur in duas partes, in prima declarat tex. nostrum; quod illa verba in eo, quem subiectum scit testator &c. quæro an hoc verbum, scit, importet veritatem, dicit gl. quod sic, aliàs non diceretus scire, & sic tum in secũda parte, vt ff. de aqua plu. arcen. l. 2. §. idem Labeo, vbi idẽ Labeo ait, cum quæritur an memoria extet ex facto opere non die & consule ad aliquid exquirendum, sed sufficere si quis sciat hoc factum esse, idest si factum esse non ambigitur.

Ex hac glo. colligitur quod scire est rem cognoscere, sicuti est, quæ conclusio nullam habet difficultatem, cum scire sit rem per causam cognoscere, vt dixit Lucas de Penn. in l. cum scimus, C. de agrico. & cens. lib. 11. Ias. in l. si pater, ff. eod. pater, quia scientia non potest nos aliquo modo decipere, & hæc est differentia inter scientiam & opinionem, quia scientia est certa, opinio verò semper cum formidine ad oppositum.

35 Glos. fin. diuiditur in duas partes, in prima respondet tacitę obiectioni, in secunda per distinctionem quandam vult omnia iura concordare, quæ loquuntur in hac materia. Pro expeditione primæ partis dicitur in tex. quod in eum, quem liberũ putauit testator, illa verba, si hæres non erit, habent hũc sensum vt supra, si sibi aut ei, cui postea subiectus sit hæreditatem non acquisierit, substitutus admittatur, poterat dicere, quod si substitutus debet admitti, quando sibi autem ei, &c.

Vnde est, quod cum nullum eorum sit factum in casu nostro, vt supra diximus, substitutus non admittatur nisi in partem, respondet glos. quod in casu nostro aliud est, & aliud arbitratur testator, & ideo in partem admittitur; in isto autem vltimo testator putat liberum & est liber, vnde admittitur in totum, vt supra diximus, sed dicit glos. an sit verum supra vidimus, & hæc omnia sic distinguendo seruauit Princeps, quando seruus suus fuit institutus, & alius substitutus, vt hic dicitur, & ff. de hæred. instit. l. & hoc Titius.

Sum in secunda parte in qua glos. magistraliter distinguendo dat doctrinam rei dicens, collige ergo talem distinctionẽ, quia cum hæredem aliquem instituo, & si hæres nõ erit ei substituo, tunc aut scio liberum, aut scio seruum, & tunc seruatur in secundo & tertio casu, seu responso huius §. quid si scio liberum, an ad hoc vt admittatur substitutus, oportet quod hæres sibi, aut ei cuius postea iuri subiectus fuerit non acquirat hæreditatem, si seruum scio tunc ad hoc quod admittatur opus est, quod sibi aut ei cuius iuri subiectus est non acquirat, aut putat liberum falso cum sit seruus, & tunc, aut voluit alium per ipsum fieri hæredem aut noluit, puta, quia hoc expressit, & tunc seruatur mea voluntas, vt in d. l. cum proponas, aut est dubium an voluerit, & tunc seruatur id quod hic dicitur, si autem puto seruum cum sit liber, hic casus est indubitabilis, quia scilicet erit liber, & hæres; & ex his sit finis impositus huic, §. & per consequens ad tit. de vulg. substit.

F I N I S.

